Die freiwillige Umlegung

Tatsächliche und rechtliche Grundlagen mit einem Überblick über die historische Entwicklung der Umlegung

Gleichzeitig ein Beitrag zur Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der
Doktorwürde der
Juristischen Fakultät der
Eberhard-Karls-Universität
Tübingen

vorgelegt von
Rolf R. Vondung
aus Ludwigsburg

1986

Dissertationsdruck · Vervielfältigungen
F. u. T. Müllerbader
Forststraße 18
7024 Filderstadt Plattenhardt
Tel. (07 11) 77 15 67

Die freiwillige Umlegung

Tatsächliche und rechtliche Grundlagen mit einem Überblick über die historische Entwicklung der Umlegung

Gleichzeitig ein Beitrag zur Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der
Doktorwürde der
Juristischen Fakultät der
Eberhard-Karls-Universität
Tübingen

vorgelegt von
Rolf R. Vondung
aus Ludwigsburg

1986

Dissertationsdruck · Vervielfältigungen
F. u. T. Müllerbader
Forststraße 18
7024 Filderstadt Plattenhardt
Tel. (07 11) 77 15 67

Dekan: Professor Dr. Ulrich Bälz

1. Berichterstatter: Professor Dr. Dr. h. c. Thomas Oppermann
2. Berichterstatter: Professor Dr. Günter Püttner

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 1986

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSÜBERSICHT I

QUELLENVERZEICHNIS VII

EINLEITUNG 1

ERSTES KAPITEL

Die historischen Grundlagen der Umlegung 4

A. Einleitung 4

B. Die Umlegung landwirtschaftlicher Grundstücke (Flurbereinigung) 5

I. Die historischen Ursachen der Bodenzersplitterung 5
1. Die Aufteilung des Ackerbodens in germanischer Zeit 5
2. Die Erbsitte der Realteilung 6
3. Der Flurzwang 7
4. Die mittelalterliche Agrarverfassung 7

II. Die Entwicklung der Flurbereinigung 9
1. Die ersten freiwilligen Umlegungen 9
a) Die norddeutsche Verkoppelungs- und die süddeutsche Vereinödungsbewegung 9
b) Die Haltung der Obrigkeit 10
2. Die gesetzlich angeordneten Umlegungen im Zusammenhang mit den Gemeinheitsteilungen 11
3. Erste gesetzliche Regelungen einer Umlegung unabhängig von Gemeinheitsteilungen 12
4. Die Entwicklung seit dem Ende des 19. Jh. 13
a) Die Einführung des Offizialprinzips 13
b) Reichsumlegungsgesetz (1936) und Reichsumlegungsordnung (1937) 14
c) Das Flurbereinigungsgesetz von 1953 14

III. Zusammenfassung 15

C. Die städtebauliche Umlegung 15

I. Einleitung 15

II. Die mittelalterliche Stadt 16
1. Die Anfänge 16
2. Der Weg zur innerstädtischen Bodenzersplitterung 18
a) Die anfängliche Großräumigkeit der Städte 18
b) Das städtische Bevölkerungswachstum 19
c) Die bodenrechtliche Situation 19
d) Die Entstehung individuellen Grundeigentums 20
e) Der verstärkte Ausbau der Stadtbefestigungen 20

III. Der landesherrliche Städtebau 21
1. Der Städtebau als Mittel der landesherrlichen Selbstdarstellung 21
2. Die bodenrechtliche Realisierung 22
3. Auswirkungen auf die kommunale Initiative 22

IV. Der liberale Städtebau des 19. Jahrhunderts 23
1. Die Misere des liberalen Städtebaus und einige ihrer Ursachen 23
a) Die Auswirkungen der Französischen Revolution auf das allgemeine Verständnis vom Bodeneigentum 23
b) Das Städtewachstum infolge zunehmender Industrialisierung 25
c) Die fehlende kommunale Stadtplanung 25
d) Die Zunahme privatwirtschaftlicher Bodenspekulation..... 26
e) Die Schwächen der noch vorherrschenden freiwilligen Umlegung 26
f) Verfehlte kommunale Planung 27
2. Die gesetzliche Umlegung als Instrument der städtebaulichen Neuordnung 29
a) Einzelne Initiativen 29
b) Die Forderung nach einer allgemeinen gesetzlichen Regelung der Umlegung 30
c) Erste Kodifikationen außerhalb Preußens 30
d) Die Situation in Preußen 31
aa) Die Lex Adickes 31
bb) Die entsprechende Anwendung des landwirtschaftlichen Zusammenlegungsgesetzes von 1872 33
cc) Das preußische Wohnungsgesetz von 1918 33
dd) Die Umlegung II in Köln 33
ee) Der Entwurf zu einem preußischen Städtebaugesetz von 1925 34
e) Die landesgesetzliche Fortschreibung des Umlegungsrechts 35
f) Das Scheitern einer Rechtsvereinheitlichung 36
aa) In der Weimarer Republik 36
bb) Im Dritten Reich 36

V. Die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg 37
1. Die Anwendung der Reichsumlegungsordnung von 1937 37
2. Die Aufbaugesetze der Länder 37
3. Das Bundesbaugesetz von 1960 38

VI. Zusammenfassung 39

ZWEITES KAPITEL

Die tatsächlichen Grundlagen der freiwilligen Umlegung 41

A. Einleitung 41

B. Der Verfahrensgang nach dem Bundesbaugesetz 42

I. Die gesetzliche Regelung 42

II. Die Hauptschwäche dieses Vorgehens und einige ihrer Ursachen 45

C. Die alternativen Verfahrensweisen 47

I. Der Aufkauf durch die Gemeinde 47
1. Das Verfahren 47
2. Mögliche Vertragsregelungen 47
3. Vorteile, Nachteile und Zielkonflikte des Verfahrens..... 48

II. Die einfache freiwillige Umlegung 50
1. Das Verfahren 50
2. Vor- und Nachteile 51
a) Vorteile 51
aa) Vermeidung von Rechtsmittelverfahren 51
bb) Optimale Einflußnahme durch den Bürger 52
cc) Geringes finanzielles Risiko für die Gemeinde 52
dd) Enge Abstimmung auch der Bauleitplanung mit den Betroffenen 52
b) Nachteile 53
aa) Überzogene Forderungen einzelner Beteiligter 53
bb) Keine effektive persönliche und dingliche Verfahrenssicherung 53
cc) Schwächere Stellung der Pfandgläubiger 54
dd) Umständlicherer Grundbuchvollzug 54
3. Würdigung und Verhältnis zur gesetzlichen Umlegung..... 55

III. Variationsmöglichkeiten der freiwilligen Umlegung 56
1. Das sogenannte "Stuttgarter Modell"..... 56
2. Die freiwillige Umlegung als städtebauliches und baurechtliches Gestaltungsmittel 58
3. Die Einschaltung privatwirtschaftlicher Verfahrensträger..... 59
a) Verfahren 59
b) Vor- und Nachteile 60

D. Zusammenfassung 61

DRITTES KAPITEL

Die allgemeine Zulässigkeit der Freiwilligen Umlegung 62

A. Einleitung und methodische Vorbemerkung 62

I. Einleitung 62

II. Methodische Vorbemerkung 63

B. Die Auslegung der gesetzlichen Regelung des Bundesbaugesetzes.65

I. Wortauslegung 65
1. § 45 Abs. 1 65
2. § 46 Abs. 1 67
3. § 79 Abs. 1 S.1 1.Hs. 69
4. Zusammenfassung 70

II. Systematische Auslegung 71

III. Die Gesetzgebungsgeschichte 72
1. Die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zu § 72 (heute § 79) 72
2. Die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele 73
3. Subjektive oder objektive Methode? 74

IV. Historische Auslegung 76

1. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Ersten Kapitels 76
2. Folgerungen 77
3. Verwertbarkeit 78

V. Telelogische Auslegung 79

1. Der Stellenwert der teleologischen Auslegung 79
2. Die teleologische Fragestellung 80
3. Die zu berücksichtigenden Interessen 81
a) Das öffentliche Interesse 81
aa) Ziel-, nicht mittelorientiert 81
bb) § 58 82
cc) Planungshoheit 83
dd) Durchsetzung 84
b) Das Interesse der Grundeigentümer 85
aa) Die Berücksichtigung im gesetzlichen Verfahren 85
bb) Im freiwilligen Verfahren: Einigungszwang 86
c) Das Interesse Drittbeteiligter 87
aa) Die Berücksichtigung im gesetzlichen Verfahren 87
bb) Im freiwilligen Verfahren: Einigungszwang 88
4. Der Verhältnismäßigkeitsaspekt 89

C. Zusammenfassung 91

VIERTES KAPITEL

Der Umlegungsvertrag - öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag? 93

A. Einleitung 93

B. Bedeutung der Unterscheidung 94

I. Der Rechtsweg 94

II. Materiell-rechtliche Unterschiede 95
1. Die Konstituierung des Vertrages 95
a) Die Privatautonomie - taugliches Unterscheidungsmerkmal? 96
aa) Bedenken aus dem Vertragsbegriff 97
bb) Kontrahierungszwang 97
cc) Vertragsformverbot 99
b) Schriftform 100
c) Würdigung 101

2. Der Inhalt 101
a) Bindungen des öffentlich-rechtlichen Vertrages 101
aa) Gesetzesvorbehalt 101
bb) Gesetzesvorrang 102
cc) Dispositives öffentliches Recht? 102
dd) "volenti non fit iniuria" 103
ee) Bei gebundener Ermessens- und gesetzlich nicht normierter Verwaltungstätigkeit 104
ff) Verwaltungsverfahrensgesetz 105
b) Bindungen des privatrechtlichen Vertrages 105
aa) Zwingendes öffentliches Recht 105
bb) Verwaltungsprivatrecht 105
cc) Wirkungsmöglichkeit 106
3. Der Bestand 110
4. Die Durchsetzung 112

III. Zusammenfassung 113

C. Kriterien der Unterscheidung 114

I. Ältere Theorien 114

II. Die Gegenstandslehre als heute herrschende Meinung 115
1. Abweichende Mindermeinungen 115
a) Gern 115
b) Pestalozza 116
2. Der Vertragsgegenstand in Rechtsprechung und Literatur.. 118
a) Rechtsprechung 118
aa) Im gesetzlich vornormierten Bereich 118
(1) Zivilgerichtsbarkeit (BGH) 118
(a) Urteil vom 25.4.1960 118
(b) Urteil vom 30.9.1970 120
(c) Urteil vom 27.10.1960 121
(d) Urteil vom 12.7.1971 122
(e) Urteil vom 12.5.1972 124
(f) Urteile vom 29.9.1972 und 21.6.1974 126
(g) Weitere Entscheidungen 126
(2) Verwaltungsgerichtsbarkeit 127
bb) Im gesetzlich nicht erfaßten Bereich 129
cc) Zusammenfassung 131
b) Literatur 132
aa) Untaugliche bzw. unzulängliche Definitionsversuche.... 132
bb) Hauptströmungen 134
(1) Die Gegenstandslehre im Sinne der Rechtsprechung 134
(2) Die klassischen Abgrenzungstheorien 135
(a) Die Interessentheorie 136
(b) Die vordringende Zuordnungslehre 137
cc) Zusammenfassung 140
c) Praktische Würdigung des Meinungsstandes 140

D. Die Einordnung des Umlegungsvertrags 143

FÜNFTES KAPITEL

Ausgewählte Einzelprobleme 146

A. Die gesetzliche Begrenzung des Flächenbeitrags 146

I. Problematik 146

II. Die Disponibilität des § 58 Abs.1 S.2 BBauG 147
1. Allein nach dem Wortlaut 147
2. Notwendige weitere Überlegungen 148
a) Bildet § 58 Abs.1 S.2 BBauG die Grenze zur Enteignung 148
aa) Relevanz für die vertragliche Umlegung 149
bb) Verhältnis von Umlegung und Enteignung 150
(1) Rechtsprechung 150
(2) § 58 Abs. 2 BBauG 152
(3) Gesetzesmaterialien 152
b) Freiwilligkeit 153
c) Keine Grenze beim Wertmaßstab 154

III. § 56 VwVfG 155
1. Anwendbarkeit 155
2. Tatbestand 155
a) Zweckbindung der Gegenleistung 155
b) Verwendung für öffentliche Aufgaben 156
c) Zusammenhang zwischen beiden Leistungen 157
d) Angemessenheit der Gegenleistung 157
3. Vorrang der gesetzlichen Regeln 159

B. Die Kostenüberwälzung auf die Eigentümer entgegen § 78 BBauG 160

I. Problematik 160

II. Die Disponibilität des § 78 BBauG 160
1. Die amtliche Begründung zu § 78 BBauG 160
2. Literatur 161
3. Rechtsprechung 161
4. Sinn und Zweck des § 78 BBauG 162

III. § 56 VwVfG 163

IV. Die Rechtsprechung zum Folgekostenvertrag 163

QUELLENVERZEICHNIS

Monographien, Dissertationen, Habilitationsschriften

Apelt, Willibalt
Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Leipzig 1920; Neudruck Aalen 1964

Baumeister, Reinhard
Stadterweiterungen in technischer, baupolizeilicher und wirtschaftlicher Beziehung
Berlin 1876

Baumeister, Reinhard; Classen, Johannes; Stübben, Josef
Die Umlegung städtischer Grundstücke und die Zonenenteignung
Denkschriften des Verbandes Deutscher Architekten- und Ingenieurvereine, Heft 2
Berlin 1857

Berkenbusch, Friedhelm
Die Rechtsgeschichte der Flurbereinigung in Deutschland
Diss. Göttingen 1972

Bisek, Nikolaus-Zeno
Der öffentlich-rechtliche Vertrag nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung von 1963, in der "Münchner Fassung" von 1966 und dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz
Diss. Münster 1970

Bosse, Wolfgang
Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung
Diss. Tübingen 1974

Bullinger, Martin
Öffentliches Recht und Privatrecht
Stuttgart 1968

Bullinger, Martin
Vertrag und Verwaltungsakt
Stuttgart 1962

Flagge, Otto
Die Bedeutung von Verträgen bei Planung und Realisierung neuer Städte und Stadtteile
Diss. Darmstadt 1974

Gern, Alfons
Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen
Berlin 1977

Glück, Alois
Mehr Bauland ist möglich
München 1981 (Zu beziehen über: Bayrische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit)

Hogen, Franz
Die Lehre vom ältesten deutschen Bodenrecht
Diss. München 1951

Ihle, Klaus-Jürgen
Der verwaltungsrechtliche Vertrag aus entscheidungstheoretischer Sicht
Diss. Köln 1972

Imboden, Max
Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Basel 1958

Jedlička, Georg
Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht
Diss. Zürich 1928

Jesch, Dietrich
Gesetz und Verwaltung
Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips
2.Auflage
Tübingen 1968

Kabel, Erich
Baufreiheit und Raumordnung
Die Verflechtung von Baurecht und Bauentwicklung im deutschen Städtebau
Ravensburg 1949

Kessler, Heinrich
Untersuchungen über die Entwicklung der städtischen Bodenordnung in der Rheinprovinz von der Frz. Revolution bis zum Erlaß des Preußischen Fluchtliniengesetzes von 1875
Diss. Heidelberg 1960

Kohl, Robert
Die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht
Diss. Freiburg 1934

Konrad, Horst
Der öffentlich-rechtliche Vertrag - Institution oder Trugbild?
Diss. Würzburg 1975

Kottke, Joachim
System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrags
Diss. Hamburg 1966

Krieger, Heinz-Jürgen
Schranken der Zulässigkeit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge mit Anschluß- und Benutzungszwang
Schriften zum Deutschen Kommunalrecht, Bd. 22
Siegburg 1981

Lang, Eva/Ziemer, Edmund
Folgekosten:Kostenbemessung und Gestaltung von Folgekostenverträgen
Stuttgart München Hannover 1979

Layer, Max
Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag
Graz und Leipzig 1916

Pestalozza, Christian
Formenmißbrauch des Staates
München 1973

Rebhan, Manfred
Öffentlich-rechtliche Verträge im Bereich des Erschließungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts
Diss. Frankfurt/M. 1972

Reusch, Werner
Der Vertrag im Verwaltungsrecht
Diss. Frankfurt/M. 1929

Rupp, Hans-Heinrich
Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre
Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis
Tübingen 1965

Ruppert, Emil
Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht
Diss. Würzburg 1935

Salzwedel, Jürgen
Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags
Berlin 1958

Scharnberg, Hans-Heinrich
Die Rechts- und Ideengeschichte der Umlegung mit besonderer Berücksichtigung ihrer staatlichen Förderung durch Zwang gegen Widerstrebende
Diss. Kiel 1964

Schulze, Elmar
Baudispensverträge
Stuttgart 1964

Schumacher, Fritz
Probleme der Großstadt vor und nach dem Krieg
Köln 1949

Seidel, Hans
Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage
Diss. Breslau 1927

Speiser, Ruth
Über öffentlich-rechtliche Verträge im Verwaltungsrecht
Diss. Basel 1922

Steffen, Wilhelm
Der öffentlich-rechtliche Vertrag im heutigen Recht
Diss. Königsberg 1938

Suderow, Wolfgang
Der Entwurf eines Grundstücksneuordnungsverfahrens unter Berücksichtigung seiner Bezüge zu den geltenden Bodenordnungsmaßnahmen
Beiträge zum Siedlungs- und Wohnungswesen und zur Raumplanung Bd. 11
Münster 1973

Weinheimer Gutachten
Erfordernisse der Bau- und Bodengesetzgebung
Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Heft 1
Hamburg 1952

Weiß, Fritz
Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 - Bestandsaufnahme und Kritik -
Diss. Tübingen 1971

Zuleeg, Manfred
Die Rechtsform der Subventionen
Berlin 1965

Lehrbücher

Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang
Das Verwaltungshandeln
in: Erichsen/Martens:Allgemeines Verwaltungsrecht
5. Aufl., Berlin, New York 1981

Forsthoff, Ernst
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Bd.: Allg. Teil
6. Aufl. München Berlin 1956
10. Aufl. München 1973

Giaccometti, Zaccaria
Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts
Zürich 1960

Hedemann, Justus Wilhelm
Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, 2. Teil
Berlin 1930

Jellineck, Walter
Verwaltungsrecht
3. Aufl., Neudruck Bad Homburg vor der Höhe Berlin Zürich 1966

Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil
12. Aufl., München 1979

Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
4. Aufl., Berlin Heidelberg New York 1979

Maurer, Hartmut
Allgemeines Verwaltungsrecht
München 1980

Mayer, Franz
Allgemeines Verwaltungsrecht
4. Aufl., Stuttgart u.a. 1977

v. Münch, Ingo
Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat
in: Erichsen/Martens Allgemeines Verwaltungsrecht (s.d.)
5. Aufl., Berlin New York 1981

Pawlowski, Hans-Martin
Methodenlehre für Juristen
Heidelberg Karlsruhe 1981

Scheerbarth, Walter
Das allgemeine Bauordnungsrecht
2. Aufl., Köln 1966
Schweickhardt, Rudolf (Hrsg.)
Allgemeines Verwaltungsrecht
2. Aufl., Stuttgart 1979
Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner
Verwaltungsverfahrensrecht
2. Aufl., Köln Bonn Berlin München 1979
Wolff, Hans-Julius/Bachof, Otto
Verwaltungsrecht, Bd. 1
9. Aufl., München 1974

Kommentare

Baumeister, Ludger u.a.
Bundesbaugesetz
Münster 1981
Braun, Klaus/Rotberg, Konrad Frh.v.
Verwaltungsverfahrensgesetz von Baden-Württemberg
Stuttgart 1977
Brügelmann, Hermann u.a.
Bundesbaugesetz
Stuttgart, Loseblatt-Sammlung
Ernst, Werner/Zinkahn, Willy/Bielenberg, Walter
Kommentar zum Bundesbaugesetz
München 1981
Eyermann, Erich/Fröhler, Ludwig
Verwaltungsgerichtsordnung
8. Aufl., München 1980
Finkelnburg, Klaus/Lässig, Curt Lutz
Verwaltungsverfahrensgesetz
Düsseldorf 1979
Giehl, Friedrich
Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern
Textsammlung mit Nebengesetzen und Erläuterungen
München 1976
v.der Gröben, Klaus/Knack, Hans Joachim
Landesverwaltungsverfahrensgesetz
Schleswig-Holstein
Köln Berlin Bonn München 1968
Knack, Hans Joachim (Hrsg.)
Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
2. Aufl., Köln Berlin Bonn München 1982
Kopp, Ferdinand Otto
Verwaltungsverfahrensgesetz
2. Aufl., München 1980
Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman
Grundgesetz
München, Loseblatt-Sammlung

Mayer, Hans/ Borgs-Maciejewski, Hermann
Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
Frankfurt/M. 1976

Rohleder, Carl
Lex Adickes
2. Aufl., Stuttgart 1931

Schlez, Georg
Bundesbaugesetz
Wiesbaden Berlin 1977

Schlichter, Otto/Stich, Rudolf/Tittel, Hans-Joachim
Bundesbaugesetz
3.Aufl., Köln Berlin Bonn München 1979

Schütz, Walter/ Frohberg, Günther
Kommentar zum Bundesbaugesetz
3. Aufl., Neuwied Berlin 1970

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz/Leonhardt, Klaus
Verwaltungsverfahrensgesetz
München 1978

Aufsätze

Achterberg, Norbert
Der öffentlich-rechtliche Vertrag
JA 1979, 356

Adrian, Hanns
Private und amtliche Bodenordnung
Städtebauliche Beiträge 1969, 109

Apelt, Willibalt
Der verwaltungsrechtliche Vertrag
AöR 84 (1959), 249

Asam, Manfred
Kommunale Folgelasten und ihre Abwälzung durch Vertrag
BayrVBl. 1967, 186

Bachof, Otto
Über öffentliches Recht
in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung
Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts
München 1978
S. 1 ff

Baur, Fritz
Private Baulandumlegung
Festschrift für Otto Mühl
1981,
S. 71 ff

Baur, Fritz
Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht
AcP 176 (1976), 97

Baur, Fritz
Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht
JZ 1963, 41

Baur, Fritz
Vertragliche Verpflichtung und hoheitliches Handeln
NJW 1964, 1213

Beinhardt, Gerd
Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht
VerwA 55 (1964), 151 u. 210

Bettermann, Karl-August
Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.12.64
JZ 1966, 445

Bielenberg, Walter
Erweiterte Umlegung und gemeindliche Entwicklungsmaßnahmen
BBauBl. 1982, 540

Birk, Dieter
Normsetzungsbefugnis und öffentlich-rechtlicher Vertrag
NJW 1977, 1797

Birk, Hans-Jörg
Grunderwerbsteuerbefreiung für freiwillige Umlegungen nach § 79 BBauG
NJW 1983, 923

Bonczek, Willi
Eine Auseinandersetzung mit den Bodenordnungsverfahren im Hinblick auf Wiederaufbau und Wirtschaft
Mitteilungsblatt der öffentlich bestellten Vermessungsingenieure 1954, 95

Bonczek, Willi
Baulandumlegung aus städtebaulicher Sicht
DVBl. 1972, 633

Brix, Joseph
Aus der Geschichte des Städtebaus in den letzten 100 Jahren
Städtebauliche Vorträge aus dem Seminar für Städtebau an der köngl.- techn. Hochschule zu Berlin Bd.IV, Heft 2, Berlin 1912

Bullinger, Martin
Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag
DÖV 1977, 812

Bullinger, Martin
Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen
Gedächtnisschrift für Hans Peters
Berlin Heidelberg New York 1967,
S.667 ff

Burmeister, Joachim
Der Begriff des "Fiskus" in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik
DÖV 1975, 695

v. Campenhausen, Axel Frh.
Die Koppelung von Verwaltungsakten mit Gegenleistungen im Vertragswege im Bau- und Bauordnungsrecht
DÖV 1967,662

Clemens, Thomas
Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Privaten?
Die Verwaltung 12 (1979), 380

Dick, K.
Fragen der Umlegung in technischer Hinsicht
Nachrichtenblatt der Vermessungsverwaltung Rheinland-Pfalz 1965, 82

Dieterich, Hartmut
Private Bodenordnung mit besonderer Berücksichtigung des Stuttgarter Modells
Städtebauliche Beiträge 1969, 92

Dieterich, Hartmut
Die freiwillige Bodenordnung nach dem Stuttgarter Modell
Württembergische Gemeindezeitung 1972, 306

Dieterich, Hartmut
Konsequente Flächenumlegung statt erweiterter Umlegung?
ZfBR 1982, 195

Dillinger, E.
Beschleunigte Grundstücksaufteilung durch vereinfachte freiwillige Grundstücksumlegung
Nachrichtenblatt der Vermessungsverwaltung Rheinland-Pfalz 1964, 124

Dittus, Wilhelm
Baulandumlegung und Grenzregelung nach dem Bundesbaugesetz
Bauwelt 1960, 1187

Eberstadt, Rudolf
Zur Geschichte des Städtebaus
Kunst und Künstler 419 u. 475
Berlin 1916

Eberstadt, Rudolf
Bodenparzellierung und Wohnstraßen
Städtebauliche Vorträge aus dem Seminar für Städtebau an der köngl.- technischen Hochschule zu Berlin Bd IV, Heft 1
Berlin 1912

Erichsen, Hans-Uwe
Rechtsfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrags
VerwA 68 (1977), 65

Ernst, Werner
Die Umlegung unter Berücksichtigung des nordrheinwestfälischen Aufbaugesetzes
BBauBl.1952, 141

Ernst, Werner
Zur Geschichte des städtischen Bau- und Bodenrechts
BBauBl. 1953, 206

Fehl, Gerhard/Rodriguez-Lores, Juan
Die "gemischte Bauweise"
Bauwelt 1981, 273

Gallwas, Hans-Ullrich
Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private
VVdStRL 29 (1971), 211

Geißler, H.
Bauleitplanung und bauliche Bodenordnung im ländlichen Raum
Bodenrecht, Bauleitplanung und Bodenordnung
Beiträge vom 58. Deutschen Geodätentag 1973 und vom 1. DVW-Seminar 1973 in Darmstadt
S. 45 ff

Gemeindetag Baden-Württemberg
Im Wohnungsbau muß gehandelt werden!
Die Gemeinde 1981, 292

Genzmer, Felix
Stadtgrundrisse, ein Rückblick auf ihre geschichtliche Entwicklung
Städtebauliche Vorträge aus dem Seminar für Städtebau an der königl.-technischen Hochschule zu Berlin Bd. IV Heft 1
Berlin 1911

Gern, Alfons
Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag
VerwA 70 (1979), 219

Gern, Alfons
Zur Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Privaten
NJW 1979, 694

Gestaltungsqualität durch Regelungsmöglichkeiten?
Wege zur Erzielung städtebaulicher und architektonischer Gestaltungsqualität
Gesammelte Vorträge vor dem Forum für Stadtentwicklungs- und Kommunalpraxis e.V.
Stuttgart 1981

Göldner, Detlev
Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht
JZ 1976, 352

Götz, Volkmar
Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrags
JuS 1970, 1

Götz, Volkmar
Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag
DÖV 1973, 298

Götz, Volkmar
Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz
NJW 1976, 1425

Golde, R.
Bodenordnung durch vereinfachte freiwillige Grundstücksumlegung
Mitteilungen des Deutschen Vereins für Vermessungswesen
1973, 6

Grimmer, Klaus
Ausübung öffentlicher Gewalt im Bereich der Wirtschaft durch Verwaltungsakt oder Vertrag
BB 1973, 1589

Hoffmann, (Vorn. unbek.)
Freiwillige Baulandumlegung
Vermessungstechnische Rundschau 1950, 88

Jung, F. R.
Entwicklungslinien der städtischen Umlegung
Allgemeine Vermessungsnachrichten 1954, 325

Kelsen, Hans
Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft
AöR 31 (1913), 53 u.190

Klückmann, Harald
Zum öffentlich-rechtlichen Vertrag des Verwaltungsverfahrensgesetzes
Staats- und Kommunalverwaltung 1977, 98

Krantzberger, Michael
Die "erweiterte Umlegung"; Gesetzentwurf, Reformansatz und bodenpolitische Praxis
Vermessungswesen und Raumordnung 1982, 374

Kriebel, Hellmut
Die Rechtsnatur des ehrenamtlichen Dienstes in Nothilfeorganisationen
DÖV 1962, 766

Lerche, Peter
Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen
in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum 10jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts
Karlsruhe 1963
S. 59 ff

Lindemann, K.
Die Entwicklung des deutschen Städtebaus und sein heutiger Stand
Der Landmesser, Zeitschrift des Landesverbands preußischer Landmesservereine in Berlin 1913, 457

Martens, Joachim
Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag
AöR 89 (1964), 429

Maurer, Hartmut
Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes
JuS 1976, 485

Mayer, Otto
Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag
AöR 3 (1888), 1

Mayer-Steudte, Ulrich
Freiwillige Bodenordnung
Städtebauliche Beiträge 1973, 20

Mayer-Steudte, Ulrich
Kooperation erleichtert das Wagnis
Gemeinnütziges Wohnungswesen 1973, 375

Mayer-Steudte, Ulrich
Das Stuttgarter Modell
Versuche einer Weiterentwicklung der Bodenordnung
Stadtbauwelt 1973, 57

Menger, Christian-Friedrich
Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
VerwA 52 (1961), 92

Menger, Christian-Friedrich
Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen
VerwA 64 (1973), 203

Menger, Christian-Friedrich
Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht
Festschrift für H.J. Wolff zum 75. Geburtstag: Fortschritte des Verwaltungsrechts, München 1973
S. 149 ff

Menger, Christian-Friedrich/Erichsen, Hans-Uwe
Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
VerwA 56 (1965), 278

Menger, Christian-Friedrich/Erichsen, Hans-Uwe
Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
VerwA. 58 (1967), 171

Meyer, Hans
Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen
NJW 1977, 1705

Meyer-Hesemann, Wolfgang
Die Zulässigkeit gesetzesinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozeßvergleiche
DVBl. 1980, 869

v. Mutius, Albert
Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgelasten
VerwA 65 (1974), 201

Obermayer, Klaus
Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag
BayVBl. 1977, 546

Ossenbühl, Fritz
Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private
VVdStRL 29 (1971), 131

Ossenbühl, Fritz
Die Handlungsformen der Verwaltung
JuS 1979, 681

Panther, (Vorn. unbek).
Zum Entwurf eines Gesetzes über die Erschließung und Beschaffung von Gelände (Baulandgesetz)
Zeitschrift für Vermessungswesen 1930, 388

Pathe, Karl
Die westdeutschen Aufbaugesetze
Deutsche Verwaltung 1950, 33

Pestalozza, Christian
Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht
DÖV 1974, 188

Püttner, Günter
Städtebau und Privatrecht
Archiv für Kommunalwissenschaften 1966, 112

Lexika

Erler, A./Kaufmann, E. /Hrsg.
Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte Bd. I
Berlin 1971

Ullrich, Wolfgang
Das Umlegungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz
Rechts-ABC
Neuwied Berlin 1967

EINLEITUNG

Steht in einer Gemeinde ein bestimmter Teil des Gemeindegebiets zur baulichen Erschließung an oder soll ein teilweise überbautes Gebiet planerisch erfaßt werden, so stellt sich die Frage, auf welche Art und Weise die bestehende oder noch zu entwickelnde Planung in die grundstücksbezogene Realität umgesetzt werden kann. Denn selten werden die planmäßig vorgesehenen und die realen Grundstücksgrenzen deckungsgleich sein und daher ohne weiteres die beabsichtigte Bebauung erlauben.

Das Bundesbaugesetz bietet zur Lösung des Problems als hoheitliche Instrumentarien die Umlegung nach den §§ 45 ff und die Grenzregelung nach den §§ 80 ff an. Die Grenzregelung kann nur in seltenen Fällen Anwendung finden. Sie scheidet nämlich immer dann aus, wenn es nicht nur um einzelne Grenzkorrekturen geht, sondern auch Verkehrsflächen gewonnen werden müssen oder die Zahl der beteiligten Grundstückseigentümer die Zahl der möglichen Bauplätze übersteigt, um nur zwei Beispiele zu nennen.

In der Mehrzahl der Fälle bleibt daher nur die Umlegung. Die mit ihr verbundenen hoheitlichen Eingriffe treffen jedoch häufig auf den Widerstand der Umlegungsbeteiligten, was im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel oft zu einer unerwünscht langen Verfahrensdauer führt. Um dem entgegenzuwirken, suchen viele Gemeinden schon vor der förmlichen Einleitung einer Umlegung das Gespräch mit den betroffenen Bürgern. Erklärtes Ziel ist dabei eine vertragliche Einigung über die Modalitäten der Umlegung, was dann in der Regel die Durchführung einer gesetzlichen Umlegung entbehrlich macht[1)]. Da hierbei die Beteiligung an der Umlegung aufgrund freiwilliger Entschließung und nicht aufgrund hoheitlicher Verfügung

1) Daran wird auch eine Verwirklichung der Novelle des Bundesbaugesetzes mit der sog. "Erweiterten Umlegung" - BT-DrS. 9/746 - nichts ändern, da zwar das der Gemeinde zur Verfügung stehende Instrumentarium erweitert, die strukturellen Probleme des Umlegungsverfahrens dadurch aber nicht beseitigt werden. Vgl. im einzelnen: Bielenberg, 540 ff.

erfolgt, wird dieses Verfahren häufig mit dem Attribut "freiwillig" versehen.

Diese Vorgehensweise ist, wie ein Blick in die Geschichte der Umlegung zeigen wird, nicht neu, wenn auch eine Reihe von Aufsätzen zu Beginn der 70er Jahre diesen Eindruck erwecken könnten. Die freiwillige Umlegung wurde auch behördlicherseits frühzeitig gefördert, wie z.B. durch die Befreiung von der Grunderwerbssteuer[2], von den Gebühren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit[3] und andere Vergünstigungen. Gleichwohl steht bis heute eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen Verträgen aus juristischer Sicht aus. Auch die vorliegende Arbeit behandelt das Thema nicht erschöpfend. Dazu sind die zu untersuchenden Probleme zu breit gefächert. Es soll lediglich versucht werden, die rechtlichen Grundsteine zu legen, auf denen aufbauend dann die zahlreich auftauchenden Fragen[4] einer Lösung zugeführt werden können. So

2) Vgl. z.B. Erlaß des Finanzministeriums von Baden-Württemberg v. 21.11.1960, veröffentlicht im Staatsanzeiger von Baden-Württemberg Nr. 87 v.26.11.1960.

3) Vgl. z.B. Erlaß des Justizministeriums von Baden-Württemberg v. 23.8.1961, veröffentlicht in Die Justiz 1961, 240 und Erlaß v. 2.5.1962, veröffentlicht im Staatsanzeiger von Baden- Württemberg Nr. 37 v. 9.5.1962.

4) Z.B. die Frage, ob die Gemeinde zulässigerweise einen Verfahrensträger einschalten darf. Dabei handelt es sich um Unternehmen in privatrechtlicher Form, die die technische und rechtliche Durchführung der Umlegung der Gemeinde als Dienstleistung anbieten. Problempunkt: Die Durchführung öffentlicher Aufgaben durch Private. Vgl. die Regelung im Städtebauförderungsgesetz; Krieger, mit zahlreichen Nachweisen; Ossenbühl VVdStRL 29, 137 u. 211; aus früherer Zeit: Schuegraf. Weiteres Stichwort wäre dann: Ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Privaten - nämlich den Eigentümern und der Gesellschaft - möglich? Vgl. z.B. Gern NJW 1979, 694; ders., Vertrag; Clemens. Bezüglich der besonderen Stellung der Dienstbarkeiten, mit denen zahlreiche, vertraglich übernommene Verhaltenspflichten der Eigentümer gesichert werden sollen, wirft der römisch-rechtliche Satz "Servitus in faciendo consistere nequit" Probleme auf. Vgl. hierzu die kritische Einstellung des BayObLG MDR 1977, 139. Nicht unproblematisch ist auch die Festlegung planerischer Details im Umlegungsvertrag, wegen der dadurch tangierten Planungshoheit. Die Lage gleicht hier der beim vieldiskutierten Folgelastenvertrag. Vgl. z.B. Birk, Dieter

behandelt das dritte Kapitel ausführlich die grundsätzliche Zulässigkeit einer Verfahrensweise außerhalb der Grenzen des Bundesbaugesetzes. Und das vierte Kapitel befaßt sich mit der Zuordnung des Umlegungsvertrags zum öffentlichen oder privaten Recht. Lediglich im fünften Kapitel steht zum Abschluß der Arbeit ein Diskussionsbeitrag für zwei besonders praxisrelevante Einzelprobleme. Zuvor werden jedoch in den ersten beiden Kapiteln die tatsächlichen Grundlagen der freiwilligen Umlegung dargestellt. Dabei nimmt der Blick in die Geschichte der Umlegung im ersten Kapitel einen breiten Raum ein, da er zum einen für das Verständnis des Wesens der Umlegung und die heutige Situation - die im zweiten Kapitel ausgeführt wird - aufschlußreich ist und sich andererseits daraus auch ein wichtiges Argumentationsglied für die rechtliche Beurteilung ergeben wird.

ERSTES KAPITEL

Die historischen Grundlagen der Umlegung

A. Einleitung

Im Rahmen dieser Untersuchung ist es nicht erforderlich, die geschichtliche Entwicklung der Umlegung in allen Einzelheiten darzustellen. Das haben bereits andere in vorbildlicher Weise getan[5]. Es erscheint jedoch notwendig, die historischen Linien, die zur heutigen Rechtslage führten, wenigstens grob nachzuzeichnen, um unter anderem das rechtliche Problem der Zulässigkeit der freiwilligen Umlegung richtig einschätzen zu können. Aus Gründen der Anschaulichkeit wird dabei im einen oder anderen Fall der tatsächliche Hintergrund der rechtlichen Entwicklung mehr ausgeleuchtet, als dies bei strenger Betrachtungsweise für die Thematik zu fordern wäre. Andererseits beruht die städtebauliche Umlegung auf einer eng mit der Entwicklung der Stadt verbundenen Problematik, die wiederum nicht gänzlich ohne ihre zeitgeschichtlichen Bezüge aufgezeigt werden kann.

Bei der Darstellung wird zwischen der landwirtschaftlichen und der städtischen Umlegung unterschieden. Die Flurbereinigung ist die geschichtlich ältere Form der Umlegung. Auf der Basis der mit ihr durch Jahrhunderte hindurch gemachten Erfahrungen wurden die ersten städtischen Umlegungen durchgeführt. Die bereits bestehenden Kodifikationen, die sich mit ihr befaßten, bildeten den Ausgangspunkt für die gesetzliche Festlegung der städtischen Variante der Umlegung. Somit müssen auch ihre historischen Grundlagen beleuchtet werden. Dabei findet die Zeit um und nach der Jahrhundertwende geringere Beachtung, da sich zu diesem Zeitpunkt bereits die städtische Umlegung herausgebildet hatte und im weiteren Verlauf

5) Für die ländliche Bodenordnung: Berkenbusch; für die städtische Bodenordnung: Kessler; Scharnberg.

überwiegend selbständig fortentwickelte.

Dreh- und Angelpunkt für die Entstehung beider Umlegungsarten ist die Entwicklung der Herrschaftsverhältnisse an Grund und Boden. Ihnen und ihren sozialgeschichtlichen Bezügen ist daher ebenfalls besondere Aufmerksamkeit gewidmet.

B. Die Umlegung landwirtschaftlicher Grundstücke (Flurbereinigung)

I. Die historischen Ursachen der Bodenzersplitterung

1. Die Aufteilung des Ackerbodens in germanischer Zeit

Glaubt man den ältesten Zeugnissen über die Bodenverhältnisse im süddeutschen Raum[6], so liegt die Vermutung nahe, daß es Eigentum im heutigen, auf den römischen Rechtskreis zurückgehenden Sinn nicht gegeben hat. Nach beiden Quellen wurde das vorhandene Ackerland reihum wechselnd von den Sippenmitgliedern bebaut, ohne daß dem Einzelnen daraus ein Sonderrecht entstand. So schreibt Caesar in IV, 1: "Aber Privateigentum am Ackerland abgesondert von dem anderer, gibt es bei ihnen nicht ..." und bei Tacitus erfahren wir (Artikel 26): "Zum Ackerbau geeignetes Land (Ackerland) wird der Anzahl der Bebauer entsprechend von deren Gesamtheit (zum Zweck des Wechsels, abwechselnd) in Besitz genommen, die es alsbald nach dem Ansehen, das die Einzelnen genießen, unter sich verteilt; und man hat leicht teilen wegen der ausgedehnten Fluren. Die Fluren bewirtschaften sie jährlich abwechselnd, und es bleibt noch Ackerland (ungenutzt) übrig ..."[7]. Sicherlich war der nomadenhafte Zug des germanischen Lebens ein wesentlicher Grund für das Fehlen eines dauerhaften Sonderrechts an bestimmten Grundstücken. Dementsprechend änderte sich das mit der zunehmenden Seßhaftigkeit der germanischen Völkerschaften und so finden wir nach dem Ende der

6) Gaius Julius Cäsar, De bello gallico; Tacitus, Germania
7) Die Quellen wurden zitiert nach Hogen

Völkerwanderung in der zweiten Hälfte des ersten nachchristlichen Jahrtausends fast überall Sondereigentum an Ackerland. Daneben liegen aber ausgedehnte Flächen weiterhin im gemeinsamen Eigentum der Dorfgemeinschaft, deren Nutzung auch allen gemeinsam zustand[8)], die sogenannte Allmende oder nach der Diktion des Gesetzgebers im 18. und 19. Jahrhundert auch "Gemeinheiten" genannt[9)]. Es ist umstritten und in der einschlägigen Literatur nicht geklärt, ob zu dieser Zeit oder bereits bei der ersten Landnahme durch die Germanen die Grundlagen für die Zersplitterung des landwirtschaftlich genutzten Bodens gelegt wurden[10)]. Es scheint allerdings wahrscheinlicher zu sein, daß erst das begrenzte Angebot an gutem Ackerboden die seßhafte Sippe zu einer differenzierteren Aufteilung nötigte. Dann allerdings geboten die herrschenden Vorstellungen über die wirtschaftliche und politische Gleichberechtigung aller, den vorhandenen Boden nach Qualität und Quantität gleichmäßig auf alle Nutzungsberechtigten aufzuteilen. Insbesondere der Gesichtspunkt der Bodenq u a l i t ä t führte dabei oft zu sehr kleinen Ackerbreiten, denn an den besonders fruchtbaren Stellen wollte natürlich jeder teilhaben. Das wiederum bewirkte einen ausgedehnten Streubesitz der Gemeindemitglieder und damit auch eine intensive Gemengelage der einzelnen Grundstücke.

2. Die Erbsitte der Realteilung

Zu einer weiteren Vertiefung und Verfestigung der Zersplitterung führte zum einen die Erbsitte der Realteilung. Starb ein Gemeindemitglied, so wurde sein Grundbesitz in so viele reale Teile aufgeteilt, wie Erben vorhanden waren. Bei zunehmender Bevölkerung bedeutete das insbesondere im hügeligen südwestdeutschen Raum oft eine auf wenige Meter schrumpfende Ackerbreite[11)].

8) Ernst, BBauBl. 1953, 206; Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 145
9) Scharnberg, 10
10) Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Scharnberg, 9 und Berkenbusch, 3 ff
11) Berkenbusch, 7

3. Der Flurzwang

Zum anderen erforderte eine sinnvolle Bodenbearbeitung bei dieser Sachlage ein Betreten auch des Ackerlandes der übrigen Gemeindemitglieder, was aber wiederum nur dann möglich war und keinen Schaden herbeiführte, wenn alle Beteiligten im betreffenden Gebiet gleichzeitig die notwendigen Arbeiten (Säen, Pflügen, Ernten) verrichteten[12]. Organisatorisch wurde das Problem durch die genossenschaftliche Wirtschaftsweise gelöst, bei der die Felderbestellung entsprechend einem gemeinsamen Wirtschaftsplan erfolgte. Faktisch führte das zur sogenannten Dreifelderwirtschaft, bei der ein Jahr lang Wintergetreide, ein Jahr Sommergetreide und ein Jahr Brache sich abwechselten. Diese Beschränkung des individuellen Nutzungsrechtes bezeichnete man später aus liberalistischer Sicht als Flurzwang[13]. Er bestand mit all seinen Nachteilen bis in unser Jahrhundert hinein!

4. Die mittelalterliche Agrarverfassung

Wenn bisher wiederholt von Eigentum an Grund und Boden die Rede war, so darf man dies nicht als mehr oder weniger unbeschränkte Sachherrschaft im heutigen Sinn verstehen. Eine zutreffende Beschreibung des Rechtszustandes dürfte wohl mit dem Terminus "Recht zur Nutzung mit Arbeit" gegeben sein[14].

Aufgrund verschiedener, hier nicht mehr darzustellender Einflüsse[15] blieb es aber auch nicht bei dem vielfach von der agrarhistorischen Literatur angenommenen Zustand der frühger-

12) Berkenbusch, 30
13) Alles Vorstehende aus Scharnberg, 9 f
14) Berkenbusch, 6 Fn. 4 mwN
15) Ernst, BBauBl. 1953, 206 nennt hier: Mit der Erstarkung der königlichen Gewalt erwirbt dieser bei Eroberungen das Eigentum an den römischen Fiskalgütern bzw. generell am Land des besiegten Stammesfürsten. Der Großgrundbesitz der Kirche, der in Gallien von vorneherein angetroffen wird, setzt sich auch in anderen Ländern durch. Das Recht der Rodung verschiebt ebenfalls die Bodenanteile.

manischen Gleichheit in Besitz und Nutzung[16]. Es kam vielmehr zu einer tiefgreifenden Anderung der Bodenverhältnisse. Bestimmendes Element der mittelalterlichen Agrarverfassung wurde die sogenannte Grundherrschaft in ihrer vielfältigen Ausgestaltung. Typisierend hierfür ist der Begriff des "geteilten Eigentums", auch "Ober- und Untereigentum" genannt. Das bedeutete vereinfacht gesagt, daß dem Grundherren der Boden "gehörte" und der Bauer ihn bearbeitete.

Die Bodensituation im 15./16. Jahrhundert stellt sich somit folgendermaßen dar: Um die Hofstellen lagen die ausschließlich privat genutzten Haus- und Hofgärten. An sie schloß sich die Feldflur an, die zwar ebenfalls privat genutzt wurde, die aber aufgrund der obengeschilderten Entwicklung stark zersplittert und mit zahlreichen Uberfahrts- und Weiderechten zugunsten der anderen Dorfgenossen[17] und mit Dienstbarkeiten und Reallasten aller Art zugunsten des Grundherren[18] belastet war und außerdem den Beschränkungen der Dreifelderwirtschaft unterlag. Uber diesen Grund und Boden durften die Bauern wegen des bestehenden "Obereigentums" der Grundherren auch nicht frei verfügen[19]. Schließlich gab es noch die zur gemeinsamen Nutzung bereitstehende Allmende, auch gemeine Mark und Gemeinheit genannt. Sie stand im ungeteilten Eigentum der Dorfgemeinschaft und war in der Regel wenig gepflegt und verwahrlost, da sich niemand dafür verantwortlich fühlte[20].

16) Vielleicht bestand dieselbe in dieser Idealform auch gar nie! Vgl. Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Bd.I, Stichwort: Grundherrschaft; Hogen; Berkenbusch; Ernst, BBauBl.-1953, 206
17) Suderow
18) Hedemann, 9
19) Sog. Konsensrecht der Grundherren, Scharnberg, 11
20) Suderow, 34 f mwN

II. Die Entwicklung der Flurbereinigung

1. Die ersten freiwilligen Umlegungen

a) Die norddeutsche Verkoppelungs- und die süddeutsche Vereinödungsbewegung

In dem Maße, wie der Adel im Spätmittelalter seine militärische Bedeutung verlor, gingen die adligen Großgrundbesitzer auch zur eigenen Bewirtschaftung ihrer Ländereien über. Dabei erkannten sie sehr schnell die Nachteile, die die extreme Gemengelage mit bäuerlichem Gut mit sich brachte (Flurzwang) und suchten unter Ausnutzung ihrer Machtposition die eigenen Besitztümer zu arrondieren. Das geschah durch Einverleibung verlassener Höfe, aber auch durch Tausch und Zukauf.

Die neueröffneten Exportmöglichkeiten nach Übersee, der aufgrund wachsender Bevölkerungszahl steigende Getreidepreis und die der Dreifelderwirtschaft weit überlegene Ertragskraft der Fruchtwechselwirtschaft ließ die wirtschaftlichen Vorteile eines zusammengelegten Grundbesitzes bald auch für die Bauernschaft offenbar werden[21]. So kam es seit Mitte des 16. Jahrhunderts in Schleswig-Holstein und in Oberschwaben zu den ersten nennenswerten, umfangreichen freiwilligen Umlegungen[22].

In Schleswig-Holstein wurden die nunmehr zusammengelegten Agrarflächen eingekoppelt (= eingefriedet durch Hecken oder Wälle), weshalb man von der "Verkoppelungsbewegung" sprach.

In Oberschwaben wurde die private Zusammenlegung "Vereinödung" genannt. Der Begriff "Einöde" hatte nicht nur einen räumlichen, sondern auch einen rechtlichen Gehalt. Im frühen Mittelalter konnte der Bauer außerhalb der dörflichen Feldflur selbst Land roden und bebauen. Da damit die Belastung des Flurzwanges entfiel, die Flächen also nicht mit Überfahrts- und Weiderechten belegt waren,

21) Scharnberg,11f;Berkenbusch,15,22
22) Scharnberg,13f;Berkenbusch,13-38

bürgerte sich der Begriff der "Einöde" für landwirtschaftliche Nutzfläche auch im Sinne dieser Lastenfreiheit ein, ungeachtet der örtlichen Lage[23].

b) Die Haltung der Obrigkeit

Wie in Schleswig-Holstein die obrigkeitliche Beteiligung über eine wohlwollende Tolerierung nicht hinausging[24], so beschränkte sie sich in der ersten Zeit auch bei der süddeutschen Vereinödung auf die notwendige Konsenserteilung[25]. Unter dem Einfluß des aufkommenden Kameralismus als der deutschen Variante des Merkantilismus im 18. Jahrhundert und der neubegründeten Landwirtschaftslehre fanden jedoch die Entflechtung gutsherrlicher und bäulicher Gemengelagen und auch die Zusammenlegung bäuerlichen Ackerbodens mehr und mehr öffentliche Beachtung und Förderung[26]. Wurden zunächst die gutsherrlichen Eigenmächtigkeiten bei der Arrondierung des eigenen Besitzes zu Lasten der Bauern sanktioniert[27], so erfuhren später auch die bäuerlichen Umlegungsbestrebungen obrigkeitliche Hilfe. Diese bestand zwar am Anfang lediglich aus verfahrensmäßiger Unterstützung. Bald richtete man jedoch das Hauptaugenmerk auf das Kernproblem der Umlegung bzw. der Gemeinheitsteilung, nämlich die Anwendung von Zwang gegen nichtmitwirkungsbereite Beteiligte. Denn selbstverständlich konnte das auf freiwilligem Einverständnis beruhende Zusammenlegungsverfahren nur bei Mitwirkung aller Betroffener erfolgreich sein. Daran fehlte es aber nur allzuoft; man verschloß sich der einen gewissen Weitblick voraussetzenden Einsicht, daß das Gemeinwohl auch gleichzeitig zum Wohl des Einzelnen wirkt und so stand zumeist- und steht übrigens noch heute - die mangelnde Mitwirkungsbereitschaft einer erfolgreichen Umlegung entgegen.

23) Berkenbusch, 27
24) Berkenbusch, 25
25) Scharnberg, 16
26) Scharnberg, 18-20; Berkenbusch, 40 ff
27) Z.B. durch die landesherrliche Verfügung v. 27.6./8.7.1718 für das Herzogtum Lauenburg, s. Scharnberg, 21 und Berkenbusch, 55 f

2. Die gesetzlich angeordneten Umlegungen im Zusammenhang mit den Gemeinheitsteilungen

Zunächst allerdings beschäftigt sich die landesherrlichen Verordnungen, Erlasse und Gesetze im 18. und 19. Jahrhundert zumindest in Norddeutschland noch hauptsächlich mit der Aufteilung der sogenannten Gemeinheiten und auch nur in diesem Zusammenhang waren Umlegungsverfahren vorgesehen. Der Grund für die obrigkeitliche Betätigung auf dem Gebiet der Gemeinheitsteilung lag in der wirtschaftsliberalistischen Auffassung der Zeit. Entsprechend der von Adam Smith und Ch. J. Kraus begründeten Lehre ging man davon aus, daß jedermann nach seinem Eigeninteresse handle. Die staatliche Unterstützung dieser Handlungstendenz allein reiche aus, um den Staat zu allgemeinem Wohlstand zu führen. Wie der desolate Zustand der Gemeinheiten eindrucksvoll auswies, reichte der bestehende Gemeinsinn in der Tat nicht aus, den Grund und Boden volkswirtschaftlich nutzbringend zu verwerten. Wohl zu Recht nahm man daher an, daß das Privateigentum eine geeignetere Basis dafür bieten würde[28].

Warum man sich dagegen lange Zeit nicht an eine davon unabhänginge gesetzliche Regelung der Umlegung wagte, hing mit dem auf das Gedankengut der Französischen Revolution zurückgehenden Verständnis vom Eigentum zusammen[29]. Nach der Befreiung des Bauern von allerlei auf dem Boden lastender Dienste und Beschränkungen, scheute man sich vor jedem Eingriff in das Eigentum[30]. Denn als solchen verstand man den Zwang, der bei einer Umlegung gegen diejenigen ausgeübt werden mußte, die ihr nicht freiwillig beitraten[31].

28) Scharnberg, 33 f
29) Scharnberg, 53
30) Berkenbusch, 107 f
31) Berkenbusch, 74, 76, 101

3. Erste gesetzliche Regelungen einer Umlegung unabhängig von Gemeinheitsteilungen

So blieb es lange Zeit bei der Privatinitiative einzelner[32], die oftmals am Mißtrauen anderer Betroffener gegenüber jeder Neuerung und Veränderung scheiterte, und bei Umlegungen anläßlich der staatlich geregelten Gemeinheitsteilungen. Und auch wo obrigkeitlicher Zwang gesetzlich vorgesehen war - wie z.B. in Artikel 17 des Gesetzes über Feldwege, Trepp- und Überfahrtsrechte von 1862 in Württemberg, wonach Grundstückszusammenlegungen erfolgen konnten, wenn sie einer zweckmäßigen Flureinteilung dienten - , erfolgten Zusammenlegungen, soweit sie tatsächlich vorkamen, überwiegend aufgrund gütlicher Einigung[33].

Erst allmählich setzte sich die Überzeugung vom volkswirtschaftlichen Nutzen der Umlegung gegenüber den Vorbehalten wegen des "sakrosankten" Eigentums durch. Im Verlauf der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erfolgten gesetzliche Regelungen der Umlegung, die eine Durchführung nun auch unabhängig von einer Gemeinheitsteilung vorsahen, z.B. 1872 in Preußen durch das Gesetz betreffend die Anwendung der Gemeinheitsteilungsordnung von 1821 auf die Zusammenlegung von Grundstücken, welche einer gemeinschaftlichen Benutzung nicht unterliegen[34]. Dabei wurde - bei in den einzelnen Ländern unterschiedlichen Quoten - eine bestimmte Prozentzahl der Eigentümer bzw. den Eigentümern eines bestimmten Flächenanteils ein Antragsrecht[35] zugestanden[36]. Bei erreichtem Quorum mußten sich auch die übrigen Beteiligten fügen.

In Süddeutschland erkannte man zwar auch die Vorteile eines arrondierten landwirtschaftlichen Besitzes. Da aber kein ausgesprochenes Bedürfnis für die Aufteilung der Allmende bestand[37], entfiel dieser Vorgang als treibende Kraft einer umfassenderen

32) Berkenbusch, 179
33) Berkenbusch, 103 f
34) Scharnberg, 43,
35) Sog. Provokationsrecht
36) Scharnberg, 48
37) Berkenbusch, 93 führt als Gründe an: Die geringere persönliche Bindung des Bauern an den Grundherren erforderte nicht in dem Ausmaß und mit der Dringlichkeit wie in Norddeutschland eine Reform der Bodenverhältnisse. Außerdem benötigte man die Allmende als Viehweide, deren Nutzung bei den bestehenden Höhen- und Qualitätsunterschieden nur unkollektiv zweckmäßig und vernünftig erschien.

Umlegung. Anlaß bildete vielmehr das mangelhafte Wegesystem, das zu den zahlreichen Überfahrts- und Wegerechten geführt hatte, und das letztlich für die Dreifelderwirtschaft verantwortlich war[38].

Insgesamt gesehen entstanden in den verschiedenen Ländern viele unterschiedliche Regelungen, die auch meist in unterschiedlichem Maße die gewünschte Wirkung herbeiführten. Während z.B. bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die landwirtschaftlichen Flächen Schleswig-Holsteins (1823) bzw. Lauenburgs (immerhin noch 1858) als verkoppelt galten[39], war in anderen Gebieten noch 100 Jahre später erst ca. 1/5 (z.B. Baden 1929[40]), bzw. noch weniger (Bayern 8 % [41]) der umlegungsbedürftigen Fläche bereinigt.

4. Die Entwicklung seit dem Ende des 19. Jahrhunderts

a) Die Einführung des Offizialprinzips

Mit dem Erstarken des sozialen Gedankens Ende des 19. Jahrhunderts/Anfang des 20. Jahrhunderts setzte sich jedoch immer mehr die Auffassung durch, daß das Eigentum an Grund und Boden nicht eine allen Einwirkungen entzogene Verfügungsmacht des Einzelnen beinhalten könne[42]. Dieser Bewußtseinswandel öffnete den Weg für die Anwendung gesetzlicher Zwangsmittel gegen den widerstrebenden Umlegungsbeteiligten. Hinzu kam die kriegsbedingte schlechte Ernährungslage Deutschlands nach 1918, die auf eine effektivere Ausnutzung der landwirtschaftlichen Nutzfläche drängte. So wurde nach und nach in den einzelnen Ländern das Offizial- statt des Antragsprinzips eingeführt[43].

38) Vgl. z.B. das bereits genannte württembergische Gesetz v. 1862
39) Scharnberg, 22 u. 25
40) Scharnberg, 51
41) Scharnberg, 52
42) Scharnberg, 55, der auf Rudolf v. Ihering: Der Zweck im Recht 1877, 523 f hinweist; Berkenbusch, 114 f
43) Z.B. Preußen, Umlegungsgesetz v. 1920; Baden, Feldbereinigungsgesetz v. 1931/1933; Württemberg, Feldbereinigungsgesetz v. 1931.

b) Reichsumlegungsgesetz (1936) und Reichsumlegungsordnung (1937)

Nach der Machtergreifung Hitlers 1933 erfuhr die Feldbereinigung eine neue Dimension durch das Streben nach ernährungsmäßiger Autarkie. In radikaler Art und Weise stellten daher Reichsumlegungsgesetz (1936) und Reichsumlegungsordnung (1937) alle Interessen der unmittelbar Beteiligten hintan und verwirklichten das reine Amtsprinzip in einer Form, daß auch die letzte Einflußmöglichkeit der Betroffenen - nämlich der Rechtsschutz - ausgeschlossen wurde[44]. Zu dieser Zeit standen noch ca. 20 % des landwirtschaftlichen Bodens - hauptsächlich in Süddeutschland gelegen - zur Umlegung an. Davon konnte aber wegen des alsbald ausbrechenden zweiten Weltkrieges nicht mehr viel unter der Herrschaft des besagten Gesetzeswerks umgelegt werden[45].

c) Das Flurbereinigungsgesetz von 1953

Nach dem Krieg wurde das Umlegungswesen umfassend im Flurbereinigungsgesetz von 1953 geregelt. Das Bedürfnis nach einem großzügigen Zuschnitt der Flurstücke war durch die zunehmende Technisierung noch gewachsen. Die teilweise aufwendige Maschinerie erforderte - um rentabel zu sein - einen rationellen Einsatz, der wiederum am ehesten auf ausgedehnten Ackerflächen gewährleistet ist[46].

Darüberhinaus hat die Flurbereinigung heutzutage jedoch auch starke Bezugspunkte zu vielerlei planerischen Bereichen, wie Landesplanung, Bauleitplanung, Verkehrsplanung, Natur- und Landschaftsschutz, Landschaftspflege und wasserwirtschaftlicher Planung, so daß ihre Bedeutung weit über die ursprüngliche Ertragsverbesserung des Bodens hinausreicht[47].

44) Scharnberg, 58
45) Scharnberg, 58
46) Scharnberg, 6
47) Berkenbusch, 165

III. Zusammenfassung

Die Ursachen der Bodenzersplitterung im landwirtschaftlichen Bereich reichen wahrscheinlich bis in germanische Zeit zurück. Um eine möglichst gerechte Verteilung des knappen Guts Ackerboden zu erreichen, wurden kleinste Ackerbreiten in Kauf genommen. Die daraus resultierende Dreifelderwirtschaft und die Erbsitte der Realteilung verstärkten und verfestigten die Bodensituation.

Die nach der mittelalterlichen Agrarverfassung fehlende Verfügungsbefugnis der Bauern über Grund und Boden und das Mißtrauen gegenüber der Veränderung des Bestehenden verhinderten durchgreifende Verbesserungen. Verkoppelungs- und Vereinödungsbewegung blieben regional begrenzte Unternehmungen. Erste obrigkeitliche Maßnahmen richteten sich hauptsächlich auf die Aufteilung der Gemeinheiten und sahen nur im Zusammenhang damit Umlegungen vor.

Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts begann man mit der gesetzlichen Normierung des Zwangs gegen Widerstrebende, den man unter dem Eindruck der liberalistischen Zeitströmung bis dahin gemieden hatte.

Zu Beginn unseres Jahrhunderts war das Amtsprinzip, nach dem die Umlegung auch von Amts wegen ohne Zustimmung der Betroffenen eingeleitet werden konnte, weitgehend verwirklicht. Das Flurbereinigungsgesetz von 1953 bildet den vorläufigen Schlußpunkt dieser Entwicklung.

C. Die städtebauliche Umlegung

I. Einleitung

Die Entwicklungsstadien des Sozialgebildes "Stadt" bis in unsere Tage werden in der städtebaulichen Literatur gemeinhin in vier Perioden eingeteilt:

1. Die Periode des mittelalterlichen-kommunalen Städtebaus als Ausdruck des Bürgertums etwa von 1000 bis 1600.
2. Die Periode des landesfürstlichen Städtebaus nach dem 30-jährigen Krieg mit Höhepunkt im 18. Jahrhundert als Ausdruck des absolutistischen Machtwillens.
3. Die Periode des liberalen Städtebaus im 19. Jahrhundert als Ausdruck der liberalistischen Wirtschaftsauffassung in Deutschland.
4. Die Periode des sozialgebundenen Städtebaus nach dem 2. Weltkrieg[48].

Die jeweilige geistesgeschichtliche Konzeption dieser Perioden bestimmte auch wesentlich die bodenrechtliche Seite des Städtebaus: "Diese Einteilung, die sich scheinbar auf das Bauen bezieht, ist eigentlich eine Übersicht über die Wandlung des Begriffsinhaltes für das Eigentum an Grund und Boden."[49] Eine etwas nähere Betrachtung dieser Teilabschnitte verspricht daher Aufschluß auch darüber, wann zum ersten Mal der Konflikt zwischen bodenrechtlicher Situation und Stadtentwicklung auftrat, für dessen Lösung die Umlegung ein mögliches Instrument darstellt.

II. Die mittelalterliche Stadt

1. Die Anfänge

Nach dem Niedergang der römischen Städte auf deutschem Boden als Auswirkung der Völkerwanderung spricht man erstmals unter Karl dem Großen wieder von S t a d t gründungen[50]. Bis dahin lebte die Bevölkerung überwiegend in den seit Mitte des ersten Jahrtausends entstehenden Dörfern. Die fast ausschließliche Beschäftigung mit Ackerbau und Viehzucht bedingte dabei die ländliche Struktur der Ansiedlungen[51].

48) Eberstadt, Kunst und Künstler; Jung; Ernst, BauBl. 1953, 206
49) Jung, 326
50) Genzmer, 30
51) Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 145; Genzmer, 30

Aber auch die zur Zeit der Karolinger gegründeten Niederlassungen waren mehr städtische Keimzellen als Städte im heute verstandenen Sinn. An Kreuzungsstellen überregionaler Verkehrswege, an Flußübergängen, an strategisch bedeutsamen Punkten des Landes, an verwaltungstechnisch günstig gelegenen Orten bildeten sich Stützpunkte, die oftmals im Zusammenhang mit Burgen, Pfalzen, Klöstern und Bischofssitzen[52] entstanden. Bei der Entwicklung dieser Niederlassungen zur mittelalterlichen Stadt kam neben wirtschaftlichen und verwaltungstechnischen Aufgaben insbesondere dem militärstrategischen Faktor grosse Bedeutung zu. Zunächst als feste Orte gegen den aus Osten kommenden Strom der Völkerwanderung gegründet[53], boten sie als sogenannte Fluchtburgen auch später der ländlichen Bevölkerung Zuflucht in unruhigen Zeiten[54].

Das Bestehen einer nicht durch den landwirtschaftlichen Anbau motivierten Siedlung begünstigte den Handel. Es entwickelten sich Märkte und bisher wandernde Kaufleute machten sich seßhaft[55]. Aber noch gab es keinen privaten Grundbesitz, keinen selbständigen Bürgerstand und keine Selbstverwaltung. Der Boden gehörte dem Landesherrn oder einem anderen Grundherren (Bischof, Kloster, Fürsten). Die Einwohner der Städte waren in ihrer überwiegenden Mehrzahl unfreie Hörige, die Dienste im Sinne der oben beschriebenen jeweiligen Funktion der Ansiedlung zu leisten hatten. Sie wohnten in Häusern, die sie zwar erblich gegen Zinszahlung besaßen, die ihnen aber nicht zu Eigentum gehörten[56].

In den ersten vier Jahrhunderten unseres Jahrtausends entstanden auf diese Weise ca. 2.000 - 2.500 Städte[57].

52) Kessler, 7
53) Genzmer, 30
54) Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 145
55) Genzmer, 30
56) Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 145
57) Genzmer, 30; Ernst BBauBl. 1953, 207

2. Der Weg zur innerstädtischen Bodenzersplitterung

a) Die anfängliche Großräumigkeit der Städte

Betrachtet man die bis heute erhaltenen mittelalterlichen Städtchen insbesondere im süddeutschen Raum, so könnte man leicht zu der Auffassung gelangen, Enge und Gedrängtheit seien die typisierenden Merkmale dieser Zeit gewesen. Das Gegenteil war der Fall. Schon die Aufgaben der städtischen Befestigung - Zuflucht der ländlichen Bevölkerung beim feindlichen Ansturm - und die ständige Aufnahme von Neubürgern erforderte eine großzügige und weiträumige Anlage der mittelalterlichen, aufstrebenden Stadt. Den Neubürgern mußten Baustellen zur Verfügung gestellt werden. Im Fall der Belagerung mußte nicht nur die städtische, sondern auch die umliegende ländliche Bevölkerung aufgenommen, geschützt und vor allen Dingen ernährt werden.

Daher mußten innerhalb des Stadtringes auch in gewissem Maße landwirtschaftliche Anbauflächen zur Verfügung stehen[58]. Die Stadtbefestigung wurde, da es sich um kein besonders kostspieliges Unternehmen handelte, bei Bedarf einfach weiter hinaus verlegt[59] [60]. Da man - aus später noch anzuführenden Gründen - erst im weiteren Verlauf der Geschichte zur heute bekannten dichten Bebauung des mittelalterlichen Stadtkreises überging, konnte es geschehen, daß z.B. Köln bis 1882 mit der seit 1180 umbauten Stadtfläche auskam[61].

58) Kessler, 8; Ernst BBauBl. 1953, 207; Lüdemann, 457
59) Kabel, 13; Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 145
60) In Straßburg zwischen 1200 und 1450 viermal: Ernst, BBauBl. 1953, 207
61) Ernst, BBauBl. 1953, 207; Kessler, 8; Lüdemann, 457

b) Das städtische Bevölkerungswachstum

Der ernorme Zuzug von Neubürgern, der das Aufblühen der mittelalterlichen Stadt wesentlich beschleunigte, ist nicht zuletzt auf den auch noch heute - wenn auch mit anderem Sinngehalt - gebräuchlichen Satz "Stadtluft macht frei" zurückzuführen. Die vielfachen, mit der Hofleihe verbundenen persönlichen Abhängigkeiten auf dem Lande verloren in der Stadt mehr und mehr an Bedeutung. Teilweise erhielten die Stadtbewohner aufgrund wertvoller Kriegsdienste für Kaiser und Reich die völlige Freiheit. Teilweise waren die Einwohner von vorneherein frei, wie dies bei Kaufleuten und Handwerkern der Fall war. Jedenfalls war die persönliche Freiheit des Stadtbewohners nach einer gewissen Zeit unanfechtbar, was die Zuwanderung besonders attraktiv machte[62].

c) Die bodenrechtliche Situation

Daß es aus diesem Umstand heraus nicht zum Entstehen eines städtischen Proletariats kam, wie wir das z.B. im 19. Jahrhundert bei ähnlicher Anziehungskraft der Stadt vorfinden, ist zum einen sicherlich der geringeren Bevölkerungsdichte zuzuschreiben.

Zum anderen kann jedoch nicht von der Hand gewiesen werden, daß auch ein bodenrechtlich relevanter Aspekt mithalf, die Zuziehenden in den Stadtverband zu integrieren[63]. Es handelte sich dabei um das deutsch-rechtliche Institut der Grundstücksleihe. Auch hier wird - wie im landwirtschaftlichen Bereich - der Begriff "Leihe" verwendet, denn genau wie auf dem flachen Land gehörte der Grund und Boden in der Stadt den Fürsten, dem Adel und der Geistlichkeit. Der Ansiedlungswillige erhielt das Grundstück gegen einen festen, unveränderlichen Zins zur Bebauung. Dieses Nutzungsrecht war zeitlich unbegrenzt, vererblich und frei veräußerlich; insbesondere aber war damit keine persönliche Abhängigkeit verbunden[64]. Als

62) Kabel, 13; Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 146; Ernst, BBauBl. 1953, 207

63) Ernst, BBauBl. 1953, 207

64) Kabel, 21; Ernst BBauBl. 1953, 207; Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 147

vergleichbares, heute geltendes Rechtsinstitut läßt sich am besten das Erbbaurecht heranziehen. Großgrundbesitz und Grundstücksleihe ließen die der heutigen Umlegung zugrundeliegende Problematik der Bodenzersplitterung auch nicht im Ansatz entstehen.

d) Die Entstehung individuellen Grundeigentums

Das änderte sich erst, als sich der Bedeutungsgehalt der Rechte an Grund und Boden zu Lasten der Grundherren verschob. Da die Stellung des Grundstücksnutzers gegenüber dem Grundherren relativ stark war - er konnte auch bei Zinsrückstand nicht ohne weiteres aus dem Besitz gesetzt werden - , richtete sich im Laufe der Zeit das Hauptinteresse des Grundherren auf die Zinspflicht. Zwar blieb sein Obereigentum nominell erhalten, es reduzierte sich inhaltlich jedoch mehr und mehr auf die reallastähnliche Zinszahlung durch den Bauwerkseigentümer. Und auch diese verlor mit zunehmender Münzverschlechterung und der Möglichkeit, den Zins mit dem 16- bis 20fachen Betrag abzulösen, mehr und mehr an Bedeutung[65].

Durch die zunächst erfolgten Stadterweiterungen kamen aber auch freie Bauernhöfe oder auch nur zu solchen Höfen gehörende, ebenfalls im Privateigentum stehende Grundstücke in den Stadtbereich.

Somit entwickelte sich nach und nach individuelles Grundeigentum in der mittelalterlichen Stadt[66] - ein Prozeß, der sich jedoch über Jahrhunderte hinzog und im 19. Jahrhundert noch nicht vollständig abgeschlossen war[67].

e) Der verstärkte Ausbau der Stadtbefestigungen

Die Einführung der Feuergeschütze machte den Bau der Stadtbefestigungsanlagen zu einer kostspieligen Angelegenheit und führte so zu einer längerfristigen Festlegung der verfügbaren Stadtfläche[68]. Bisher war man bei der Erschließung und Zuteilung der Baugrundstücke relativ großzügig verfahren, so daß es zu großen

65) Kessler, 10; Ernst, BBauBl. 1953, 207
66) Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 146
67) Ernst, BBauBl. 1953, 207
68) Kabel, 13; Ernst, BBauBl. 1953, 207

Grundstücksbreiten und nur einseitig bebauten Baublöcken kam. Die ländliche Art, einen Teil des Grundstücks zu bebauen und den anderen gärtnerisch zu nutzen, herrschte vor. Nunmehr zwang jedoch die entstehende Bodenknappheit zu intensiverer Baudichte, was zur Aufteilung der vorhandenen Grundstücke in der Breite u n d in der Tiefe nötigte. Es entstanden oftmals groteske Zwerg- und Splitterparzellen, deren Mindestgröße sich lediglich am niedrigst zulässigen Grundzins zu orientieren hatte[69]. Die Tendenz, mit abnehmendem Baulandvorrat auch höher zu bauen, führte schließlich zu dem uns heute bekannten Eindruck drangvoller Enge[70]. Und bei einem Minimum an sanitärtechnischen Anlagen auch zu zweifelhaften hygienischen Verhältnissen.

III. Der landesherrliche Städtebau

1. Der Städtebau als Mittel der landesherrlichen Selbstdarstellung

Die Verlegung der Welthandelsstraßen auf den Atlantischen Ozean und schließlich auch die allgemeinen, kräftezehrenden Auswirkungen des 30jährigen Krieges bewirkten den Niedergang der mittelalterlichen Städte[71]. Erst nach dem Westfälischen Frieden entstand durch die verstärkte Stellung der deutschen Landesfürsten ein neuer gestaltender Faktor in der Entwicklungsgeschichte der Stadt[72].

Die Städte nahmen aufgrund der nachhaltigen Förderung des Gewerbes durch den merkantilistischen Staat einen neuen Aufschwung[73]. Die wegen des ständigen Zuzugs gewerbewilliger Einwohner notwendigen Stadterweiterungen vollzogen sich nun jedoch nach dem Diktat des absoluten Herrschers. Der Städtebau war dabei nicht mehr nur der baren Notwendigkeit unterworfen, vielmehr

69) Kessler, 11
70) Kabel, 14
71) Kabel, 13; Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 148
72) Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 148
73) Lüdemann, 458; Kessler, 14

wurde er auch Mittel der landesherrlichen Selbstdarstellung. Die fortschreitende Vermessungstechnik[74] half bei der einheitlichen Planung und Durchführung ganzer Stadtteile und Städte, die insbesondere im Zusammenhang mit fürstlichen Residenzen neu entstanden[75]. Entsprechend dem französischen Vorbild Versailles dominierten Geradlinigkeit, Parallelität und strahlenförmige Stadtanlagen. Auch das äußere Stadtbild unterlag vielfach einer einheitlichen Gestaltung, als "verkörperter Ausdrucksform e i n e r Macht und e i n e s Willens"[76].

2. Die bodenrechtliche Realisierung

Die praktische Ausführung derart umfassender Planungen bedurfte eines konzentrierten Einsatzes landesherrlicher Machtmittel. Keine Probleme ergaben sich, wo das zu bebauende Gelände bereits dem Fürsten gehörte. Aber auch wo dies nicht der Fall war, wurden nicht viele Umstände gemacht: Das benötigte Areal wurde entweder käuflich erworben oder - wenn nötig - zum Ackerwert enteignet[77]. Der plangemäßen Parzellierung standen somit keine Hindernisse entgegen. Durch Baugebote und die Einräumung von mancherlei Vorteilen wurden die neuen Grundstückseigentümer, denen das Land dann oftmals sogar unentgeltlich zugeteilt wurde, zur umgehenden Bebauung angehalten[78]. Nach einer ebenfalls praktizierten Verfahrensweise wurden lediglich die für den öffentlichen Verkehr nötigen Flächen enteignet und die angrenzenden Parzellen zu Bauland mit entsprechender Bauverpflichtung (bzw. Weiterveräußerungspflicht an Bauwillige) erklärt[79].

3. Auswirkungen auf die kommunale Initiative

Der Städtebau wurde im Verlauf dieser Periode zu einer fast ausschließlich staatlichen Angelegenheit, wobei "staatlich" im Zeitalter des Absolutismus vorwiegend mit der Person des jeweiligen

74) Kessler, 15
75) Kessler, 15; Beispiele: Karlsruhe, Mannheim
76) Lüdemann, 458
77) Kessler, 16
78) Rohleder, Stadt und Siedlung 1931, 148; Kabel, 37 f
79) Kabel, 37 f

Landesfürsten gleichzusetzen war. Diese Ausschließlichkeit lähmte naturgemäß das im Mittelalter noch hauptsächlich städtebaulich tätige Bürgertum. Die gemeindliche Kreativität ging zurück; in den seit dem Mittelalter bestehenden Stadtkernen verschlimmerte sich der bereits auf die Zeit vor dem 30jährigen Krieg zurückgehende Zustand der baulichen Enge mit allen nachteiligen Folgen. Diese erzwungene Passivität mag mit eine Ursache des städtebaulichen Versagens der Kommunen im 19. Jahrhundert geworden sein[80].

Mit den napoleonischen Kriegen und der Verbreitung des Gedankenguts der Französischen Revolution endete die landesherrliche Periode des Städtebaus.

IV. Der liberale Städtebau des 19. Jahrhunderts

1. Die Misere des liberalen Städtebaus und einige ihrer Ursachen

Den veränderten Bedingungen der Stadtentwicklung, insbesondere in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, war das nun wieder geforderte Bürgertum nicht gewachsen.

a) Die Auswirkungen der Französischen Revolution auf das allgemeine Verständnis vom Bodeneigentum

Wie bereits im Abschnitt über die Entwicklung der landwirtschaftlichen Umlegung ausgeführt, sah sich das 19. Jahrhundert einem gewandelten Eigentumsbegriff gegenüber. Das Menschenbild der Physiokraten, das von der Französischen Revolution aufgenommen und verbreitet wurde, ging von der Freiheit des Einzelnen aus, die auch von der Gesellschaft nur im Kollisionsfall mit der Freiheit der anderen eingeschränkt werden durfte[81].

Diese Einstellung mußte sich auch bodenrechtlich auswirken, da sie schwerlich einen Rechtszustand tolerieren konnte, der ein mit vielfachen Lasten verbundenes, geteiltes Eigentum mit sich brachte. Das Jahrhundert der Bodenbefreiung begann![82]

80) Kabel, 40 f; s. nächster Abschnitt
81) Kessler, 24
82) Kabel, 53

Das Ober- und Untereigentum hatte mit seinen vielfältigen Verfügungsbeschränkungen und Abgabenlasten zu häufig verwickelten Eigentumsverhältnissen geführt und die wirtschaftliche Initiative des Einzelnen gelähmt. Die Idee der unbeschränkten Verfügungsmacht fiel so auf fruchtbaren Boden. Es ging soweit, daß diese Komponente des Eigentums sogar als der eigentliche Wesensgehalt angesehen wurde und eine soziale Bindung - insbesondere des G r u n d eigentums - nicht anerkannt wurde.

Diese Auffassung war verbreitet, obwohl die bestehenden gesetzlichen Regelungen den Vorbehalt des Gemeinwohls durchaus kannten. So enthielt z.B. das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 bezüglich der Baufreiheit in § 65 I. 8. und § 66 I. 8. folgende Bestimmungen:
"In der Regel ist jeder Eigentümer seinen Grund und Boden mit Gebäuden zu besetzen oder seine Gebäude zu verändern, wohl befugt". Und: "Doch soll zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden."

Und auch die noch heute als Ursprung des Aufopferungsgedankens zitierte allgemeine Vorschrift des § 74 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht verdeutlicht diese grundsätzliche gesetzliche Einstellung: "Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen Rechten und Pflichten zur Förderung des gemeinschaftlichen Wohles, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch eintritt, nachstehen."

Die mangelnde Präsenz dieser gesetzlichen Regelungen im öffentlichen Bewußtsein in Verbindung mit der Überzeugung der unbeschränkten Verfügungsmacht machte den Boden zur Handels- und Spekulationsware[83] - ein Umstand, der insbesondere unter dem Hinzutreten weiterer Faktoren einen höchst schädlichen Einfluß auf die Praxis des Städtebaus im weiteren Verlauf des Jahrhunderts ausübte.

83) Kessler, 31

b) Das Städtewachstum infolge zunehmender Industrialisierung

Mit der Erfindung der Eisenbahn im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts und durch die auf A. Smith zurückgehende liberalistische Wirtschaftsauffassung wurde eine Entwicklung eingeleitet, die in einem Ausmaß zur Industrialisierung Deutschlands führte, daß man schließlich von "Industrieller Revolution" sprach. Die erhöhte Mobilität und der allgemeine technische Fortschritt begünstigten das Prinzip der Arbeitsteilung, das jeder fabrikmäßigen Produktion zugrunde liegt. Zunächst fielen in Preußen (1818), dann mit Gründung des Zollvereins (1834) in fast ganz Deutschland die Zollschranken. Die industrielle Produktionsweise hatte einen höheren Arbeitskräftebedarf als die alte, handwerkliche Manufaktur. So kam es ganz von selbst, daß dort, wo aufgrund günstiger äußerer Verhältnisse die Industrie ansässig wurde, das Städtewachstum eine bisher ungeahnte Größenordnung annahm. Städte, die jahrhundertelang eine mehr oder weniger große, aber im wesentlichen gleichbleibende Bevölkerungszahl ausgewiesen hatten, vergrößerten ihren Umfang explosionsartig. In Preußen beispielsweise wohnten Mitte des Jahrhunderts noch 28 % der Bevölkerung in Städten, in Baden und Bayern gar nur 16 %. Um 1900 waren es dagegen schon über die Hälfte. Frankfurt hatte um 1800 unter 40.000, um 1900 bereits 210.000 Einwohner, in Köln sind die entsprechenden Zahlen 46.000 und 300.000[84)].

c) Die fehlende kommunale Stadtplanung

Diesem Ansturm war die kommunale Selbstverwaltung, wie sie in Preußen bereits 1808 im Zuge der Stein-Hardenberg'schen Reformen wieder eingeführt worden war[85)], nicht gewachsen. Zum einen neigte man entsprechend der wirtschaftsliberalistischen Idee sowieso mehr zum "laisser faire, laisser aller, tout va de soi-même", zum anderen brachte die Zahl der Zuziehenden eine ganz neue Qualität in die eigentlich geforderten Planungsüberlegungen für eine Stadterweiterung, die man - auch träge geworden durch den Dirigismus der

84) Brix, 10
85) Kabel, 48; Ernst, BBauBl. 1953, 209

landesfürstlichen Ära - zu erkennen gar nicht in der Lage war. Die Schaffung neuer Wohnquartiere überließ man daher der privatwirtschaftlichen Initiative von sogenannten Terraingesellschaften[86].

d) Die Zunahme privatwirtschaftlicher Bodenspekulation

Mit der Aufgabe der alten Festungswälle als Grenzen der städtischen Baufläche rückten die Städte immer mehr in die freie Landschaft vor[87]. Dort kauften die genannten Gesellschaften das vorhandene Ackerland auf, erschlossen das Gelände, parzellierten es neu und bebauten es. Da mit zunehmender Nachfrage der Baulandpreis sprungartig stieg, war das ein relativ rentierliches Unternehmen. Die Terraingesellschaften achteten daher auch weniger auf städtebauliche, denn auf spekulative Gesichtspunkte, was dazu führte, daß einseitig gewinnträchtige Gewerbeansiedlungen, weniger jedoch Wohnungen für die schlechtbezahlten Fabrikarbeiter geschaffen wurden[88].

e) Die Schwächen der noch vorherrschenden freiwilligen Umlegungen

Im übrigen stieß die städtische Bebauung zunehmend auf die stark zersplitterte landwirtschaftliche Ackerflur vor, die im unmittelbaren Anschluß an die Stadtgrenzen oft auch nach den geltenden landwirtschaftichen Umlegungsgesetzen nicht reguliert worden waren. Die erforderliche Umlegung konnte mangels gesetzlicher Regelung nur auf freiwilliger Basis erfolgen.

Die Schwächen, die dieser Verfahrensweise anhafteten (und wohl noch heute eine gewisse Rolle spielen), beschreiben Baumeister, Classen, Stübben[89] folgendermaßen: "In manchen Fällen, wo einsichtige, verträgliche und wohlmeinende Eigenthümer in einem Block mit ungeregelten Grenzen nebeneinander liegen, gelingt es denselben, nach einigen Verhandlungen, bei welchen gewöhnlich der Ge-

86) Fehl/Rodriguez-Lores, 275
87) Kabel, 51
88) Jung, 326 f; Fehl/Rodriguez-Lores, 279, Kessler, 100
89) AaO, 4

meindevorstand als Vermittler wirkt, die Umlegung, von der ja jeder Einzelne Nutzen hat, in allseitigem Einverständnis vorzunehmen. Das ist offenbar das Ideale; und wären alle Leute stets einsichtig, verträglich und wohlmeinend, so wäre alles in bester Ordnung. Aber viele Menschen sind leider nicht immer mit diesen drei vortrefflichen Eigenschaften gleichzeitig ausgestattet. Da nun aber in den meisten Blöcken bei der Umlegung jedes Grundstück in seinem Bestande eine gewisse Änderung erfährt, so genügt der Widerspruch eines einzigen Besitzers, um alle anderen lahmzulegen und die Regelung auf Jahre hinaus zu vereiteln. Es ist eine menschliche Eigenthümlichkeit, welche bei solchen Umlegungsverhandlungen immer wieder zum Vorschein kommt, daß, obwohl jedem einzelnen Besitzer aus der Regelung seines Grundstückes Vorteil erwächst, er doch zugleich mit großer Aufmerksamkeit in der Eifersucht d e n Vorteil prüft, der dem anderen zufällt, und daß die Meinung, der andere erlange einen größeren Nutzen als er selbst, den Grund zur Ablehnung liefert. Das hat zur Folge, daß mitunter die bauliche Entwicklung der Stadt an einer ungeordneten Grundstücksgruppe halt machen muß, weil die Einstimmigkeit der Besitzer nicht zu erzielen ist und ein Zwangsmittel nicht besteht."

Vielfach stand auch der blanke Eigennutz einer freiwilligen Umlegung im Wege, wenn nämlich eine Terraingesellschaft einen Baublock erschlossen und bebaut hatte und, um sich den Absatz der eigenen Grundstücke zu sichern, im benachbarten noch nicht regulierten Block ein oder zwei Parzellen aufkaufte, und dort nun die Umlegung ablehnte. So hielt man sich lästige Konkurrenz vom Leib![90]

Unter diesen Umständen konnte sich die Stadt nicht in geordneten Bahnen entwickeln.

f) Verfehlte kommunale Planung

Gutgemeinte Versuche einer kommunalen Planung endeten oft mit zweifelhaftem Erfolg. Es wurden sogenannte Bebauungspläne

90) Baumeister/Classen/Stübben, 4

aufgestellt, die in ihrem Gehalt aber weit hinter dem heutigen Bebauungsplan des Bundesbaugesetzes zurückblieben. Ihre Festsetzungen beschränkten sich überwiegend auf die Grenzziehung zwischen öffentlicher Straße und Privatgrundstück, die sogenannten Fluchtlinien. Mangels eigener tragfähiger Ideen orientierte man sich an der repräsentativen landesherrlichen Planung, ohne jedoch die zeitgenössischen Besonderheiten ausreichend zu berücksichtigen[91].

Das führte dann zu Erscheinungen wie dem Berliner Bebauungsplan von 1858, der auf 100 Jahre im voraus (!) ein detailliertes Straßennetz entwarf. Nicht ganz unbeabsichtigt war dabei der bodenpreistreibende Effekt einer derartigen Planung: Aufgrund der bestehenden Rechtslage waren die Gemeinden schon durch die Festlegung von Fluchtlinien zur Entschädigung für die dadurch erfolgte Beschränkung der Bebaubarkeit verpflichtet. Diese Tatsache hemmte natürlich die Planungsmöglichkeiten enorm und durch den grundbesitzerfreundlichen Plan von 1858 hoffte man auf ein Entgegenkommen der Eigentümer in dieser Frage. Überdies waren wegen des Dreiklassenwahlrechts in Preußen sowieso 50 % der Gemeinderatsmitglieder Grundbesitzer, was die Verabschiedung des Planes sicher ebenfalls erleichterte[92].

Die Undifferenziertheit bei der Bemessung der Straßenbreite und viel zu große Abstände zwischen den Querstraßen führten zu den negativen Folgen, die auch heute noch in Berlin betrachtet werden können. Da die Kosten des Straßenausbaus vom Anlieger zu tragen waren, nötigten die viel zu teuren, allzubreiten Prachtstraßen zu einer einzigartigen Verdichtung der Bebauung. Diese wurde durch besonders tiefe Bauparzellen, die durch die Abstände der Querstraßen bedingt waren, begünstigt. Durch die Verdichtung, so glaubte man, könne der zunehmenden Wohnungsnot am besten begegnet werden[93].

So kam es zu den unter jedem Gesichtspunkt negativ zu beurteilenden Mietkasernen mit ihren tiefen Baukörpern, Querflügeln und Hinterhöfen[94]. Wohl versuchte man, den bewußten Bebau-

91) Lüdemann, 461
92) Ernst, BBauBl. 1953, 210
93) Eberstadt, Bodenparzellierung, 9; Kabel, 62 f
94) Schumacher, 38 f; Fehl/Rodriguez-Lores, 275 mit Zitaten von Eberstadt

ungsplan als Entgleisung des jungen Berliner Baubeamten Hobrecht darzustellen. Ein späterer Kritiker meinte, daß die Übertragung einer solchen Aufgabe auf diesen jungen und wohl noch wenig erfahrenen Beamten einem Vorgehen vergleichbar wäre, das die Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches einem jungen Assessor gegen zwei Taler Diäten zugewiesen hätte[95]. Es dürfte jedoch klar sein, daß es generell an der öffentlichen Bereitschaft fehlte, eine umfassende Lösung vorzunehmen.

2. Die gesetzliche Umlegung als Instrument der städtebaulichen Neuordnung.

a) Einzelne Initiativen

Zwar erkannte man die Notwendigkeit kommunaler Planung und ging stellenweise auch fortschrittlich und mit umfassenden Lösungen vor. Dafür einige Beispiele: Von 1819 bis 1826 und nochmals in den Jahren 1856 und 1858/59 wurden in Berlin städtische Umlegungen nach den Vorschriften der Agrargesetzgebung vorgenommen[96]. 1842 wurde in Hamburg durch einen großen Brand ein ganzer Stadtteil zerstört. 20 000 Menschen wurden obdachlos. In kürzester Frist wurde ohne Rücksicht auf gegebene Eigentumsgrenzen eine städtebauliche Neuordnung verwirklicht. Entsprechende Gesetze schufen die Möglichkeit der Enteignung und Umlegung[97]. Und schon 1795 existierte in Preußen ein Edikt betreffend den Auseinanderbau von Gehöften und Gebäuden in der Kurmark, das zur Vermeidung von Feuersbrünsten den Aufbau eines Gebäudes nur in gewissen Abständen zum benachbarten Gebäude und erst nach behördlicher Genehmigung gestattete und somit den Zwangstausch von Grundstücksteilen unvermeidbar mit sich brachte[98].

Aber diese Unternehmungen blieben vereinzelte Erscheinungen, da man ansonsten - von der Unantastbarkeit des Eigentums überzeugt - vor dem Eingriff der zwangsweisen Umlegung zurückschreckte.

95) Lüdemann, 460
96) Ernst, BBauBl. 1952, 141
97) Weinheimer Gutachten, 11
98) Ernst, BBauBl. 1952, 141

b) Die Forderung nach einer allgemeinen gesetzlichen Regelung der Umlegung

Auch das preußische Fluchtliniengesetz von 1875 brachte zwar einige Lösungsansätze für Teilbereiche des Städtebaus, ließ aber die notwendige Ergänzung des Fluchtlinienrechtes durch ein Umlegungsrecht vermissen[99].

Dabei fehlte es nicht an Stimmen, die ein solches forderten. Insbesondere Baumeister hatte schon 1874 "Grundsätze für Stadterweiterungen" vorgelegt, die unter anderem auch eine gesetzliche Regelung der Umlegung vorsahen (Nr. 5)[100]. 1876 wiederholte er in seinem grundlegenden Werk "Stadterweiterungen in technischer, baupolizeilicher und wirtschaftlicher Beziehung" diese Forderung[101]. Gleiches tat der Deutsche Verein für öffentliche Gesundheitspflege mit seinen "Thesen und Maßnahmen über Stadterweiterung" von 1885 und 1896. Und mit der gesetzlichen Ermöglichung der ländlichen Umlegung 1872 durch die Ergänzung der Gemeinheitsteilungsordnung von 1821 war zumindest in Preußen das Argument des "unerhörten Eingriffs in das Privateigentum" letztlich auch entkräftet[102].

c) Erste Kodifikationen außerhalb Preußens

Zum Ende des Jahrhunderts verdichteten sich jedoch die gesetzgeberischen Initiativen auf dem Gebiet der Umlegung.

In H e s s e n brachte zwar das Gesetz betreffend die Erweiterung der Stadt Mainz vom 13.7.1875 noch keine eigentliche Zwangsumlegung. Es förderte aber mittelbar die freiwillige Umlegung dadurch, daß bei ungünstig gestaltetem Grundstück die Baugenehmigung versagt werden konnte (Art. 16). Bei einer Dreiviertelmehrheit der Eigentümer eines Entwicklungsgebietes konnte die Gemeinde auch einen widerstrebenden Eigentümer enteignen und das Grundstück den übrigen Beteiligten übertragen (Art. 17). Da diese sich zur Kostentragung verpflichten mußten, schreckten viele Eigentümer allerdings vor einem solchen Antrag zurück.

99) Ernst, BBauBl. 1953, 211
100) Lüdemann, 460; Brix, 20
101) Baumeister, Stadterweiterungen, 384 - 394
102) Baumeister/Classen/Stübben, 12

Die hessische Bauordnung vom 30.4.1891 sah dann die Enteignung und Neueinteilung durch die Gemeinde auf Antrag nur e i n e s Beteiligten vor, wenn es nicht zu einer gütlichen Einigung kam (Art. 69).

Das h a m b u r g i s c h e Gesetz vom 30.12.1892 enthielt die Möglichkeit der Zwangsumlegung, die außerdem auch eingeleitet werden konnte, sofern die Eigentümer von mehr als der Hälfte der in Betracht kommenden Gesamtfläche einen entsprechenden Antrag stellten (Art. 9).

Die erste landesweite Regelung nach der eine Umlegung von Amts wegen verfügt werden konnte, enthielt das b a d i s c h e Ortsstraßengesetz in seiner Fassung vom 6.7.1896 (Art. 11). Diese Novellierung des aus dem Jahre 1886 stammenden Gesetzes ging auf eine entsprechende Initiative der badischen Städte aus dem Jahre 1893 zurück.

d) Die Situation in Preußen

aa) Die Lex Adickes

In P r e u ß e n bestand lediglich ein Gesetz von 1896 mit lokal begrenzter Wirkung, das die Umlegung und Neuplanung des durch Brand zerstörten Fleckens Brotterode sanktionierte. Eine umfassende gesetzliche Neuregelung, die der Frankfurter Bürgermeister Adickes bereits 1893 im Preußischen Herrenhaus eingebracht hatte, scheiterte nämlich zunächst am Preußischen Abgeordnetenhaus. Adickes war 1890 in Frankfurt/Main als Oberbürgermeister angetreten. Das bereits angesprochene Anwachsen der städtischen Bevölkerung stellte auch dort insbesondere auf dem Wohnungssektor erhebliche Probleme. Jährlich bedurfte es 1.400 neuer Wohnungen[103]. Zu ihrer Beschaffung war eine intensivere Bauplanung unumgänglich, die jedoch nur zu oft mit der Bodenzersplitterung bzw. den ungünstig verlaufenden Grundstücksgrenzen kollidierte. Zunächst sollte hier eine längerfristige Bodenpolitik Abhilfe schaffen.

103) Rohleder, Lex Adickes, I.A.2.

Auch wurden gütliche Umlegungen versucht. Der Aufkauf von Grundstücken durch die Gemeinde ließ jedoch sehr bald die Quadratmeterpreise in die Höhe schnellen und die freiwilligen Umlegungen scheiterten häufig - wie schon von Baumeister so trefflich beschrieben[104] - an der mangelnden Kooperationsbereitschaft der Beteiligten. So ergriff Adickes die Initiative und formulierte einen Gesetzentwurf, der auch die zwangsweise Umlegung ermöglichte. Der Entwurf fand in etwas abgeänderter Form zwar auch die Zustimmung des Preußischen Herrenhauses, dessen Mitglied Adickes war, scheiterte aber bereits an der Ablehnung einer Kommission des Abgeordnetenhauses. Dabei war der Stein des Anstoßes weniger die vorgeschriebene zwangsweise Umlegung. Mit ihr war man ja zumindest auf landwirtschaftlichem Gebiet seit nunmehr 20 Jahren vertraut. Als störend wurde vielmehr die mögliche Zonenenteignung angesehen, die Adickes als weiteres städteplanerisches Instrument vorgesehen hatte. Sie wurde als ein zu weit gehender Eingriff in das Eigentum abgelehnt.

1899 wurde erneut eine von Adickes veranlaßte Vorlage eingebracht. Nach ausführlichen Beratungen trat das als "Lex Adickes" in die Geschichte des Städtebaus eingegangene Gesetz am 28. Juli 1902 in Kraft. Es hatte im Bestreben größtmöglicher Rücksicht auf die Grundstückseigentümer vielfältige Veränderungen gegenüber dem ursprünglichen Entwurf von 1893 erfahren. So wurde im Falle der zwangsweisen Zusammenlegung die Beteiligung der Staatsverwaltung verstärkt, die Zonenenteignung fiel ganz weg und außerdem verlieh man dem ganzen Gesetz eine Art Versuchscharakter, indem man sein Anwendungsgebiet auf Frankfurt/Main beschränkte. Somit konnte es lange Jahre nur regionale Wirkung entfalten[105].

104) S.o.
105) Alles Vorstehende: Rohleder, Lex Adickes, Einleitung I.A.; Jung, 330 ff

bb) Die entsprechende Anwendung des landwirtschaftlichen Zusammenlegungsgesetzes von 1872

Andernorts in Preußen behalf man sich mit einer entsprechenden Anwendung des landwirtschaftlichen Zusammenlegungsgesetzes von 1872. Neben Düsseldorf, Hannover und Kassel ist besonders die Dortmunder Umlegung zu erwähnen, da sie mit 168 Hektar und 130 verschiedenen Besitzungen, davon die Hälfte unter 5000 Quadratmeter, einen beträchtlichen Umfang erreichte und mit einer Dauer von 16 Monaten (Februar 1901 bis Mai 1902) auch relativ schnell abgeschlossen werden konnte. Mit diesem Erfolg im Rücken wurde denn auch von Seiten der Dortmunder an der bald darauf in Kraft tretenden Lex Adickes die Schwerfälligkeit des Verfahrens kritisiert. Andererseits mußte man anerkennen, daß eine Reihe von wünschenswerten, speziell auf die städtische Umlegung zugeschnittenen Regelungen in diesem Gesetz bereits vorgesehen waren.

cc) Das preußische Wohnungsgesetz von 1918

Der Erfolg der Lex Adickes wurde nun unübersehbar. Die Befürchtungen des preußischen Abgeordnetenhauses erwiesen sich bald als in zweifacher Hinsicht unbegründet, denn zum einen zeigte das Gesetz seine positiven Wirkungen für die Grundeigentümer, indem sich die Aufmerksamkeit der Käufer vornehmlich auf die regulierten, gut ausnutzbaren Grundstücke konzentrierte. Und zum anderen förderte es als Machtmittel im Hintergrund die freiwillige Umlegung[106]. Dies veranlaßte den preußischen Gesetzgeber 1918 mit Artikel I Ziff. 10 des preußischen Wohnungsgesetzes dem Fluchtliniengesetz von 1855 einen Paragraphen 14a einzufügen, wonach das Frankfurter Umlegungsgesetz auch in anderen preußischen Städten durch Ortsstatut eingeführt werden konnte.

dd) Die Umlegung II in Köln

Mehr und mehr gab es auch spezielle kommunale Umlegungsgesetze. Während noch 1911 die Stadt Köln aufgrund einer Übernahme der Lex Adickes die sogenannte Umlegung I in Köln-Deutz durchführte, sah die Novelle von 1919 bereits eigenständige Umlegungsregeln vor (z.B. einen unentgeltlichen Verkehrsflächenabzug

106) Kabel, 135

von bis zu 50 %!). Nach diesem Gesetz wurde die Umlegung II durchgeführt, die ein Gebiet von ca. 340 Hektar umfaßte. Allerdings dauerte das Verfahren 10 Jahre lang - nämlich von 1921 bis 1931[107]! Das hatte seine Ursache allerdings nicht nur im Umfang der Unternehmung; Mitte der 20er Jahre gab es im preußischen Rechtsgebiet Bestrebungen, dem Städtebau eine umfassende gesetzliche Grundlage zu geben, die in verschiedenen Gesetzentwürfen zu einem preußischen Städtebaugesetz mündeten. Den dadurch auftauchenden neuen Gesichtspunkten versuchte man in Köln durch eine Anpassung der örtlichen Bauordnung gerecht zu werden, was einige Zeit in Anspruch nahm[108].

ee) Der Entwurf zu einem preußischen Städtebaugesetz von 1925

Der Entwurf zu einem preußischen Städtebaugesetz von 1925 enthielt im übrigen den ersten Versuch, für Preußen eine einheitliche gesetzliche Regelung der städtischen Umlegung herbeizuführen. Die Lex Adickes war ja lediglich durch Ortsstatut e i n f ü h r b a r ! Verschiedentlich wurden die diesbezüglichen Vorschriften sogar als das Kernstück des neuen Gesetzeswerkes bezeichnet[109]. Gleichwohl wurde der Entwurf unter anderem wegen dieser Bestimmungen abgelehnt. Und auch in einer neuen Fassung von 1929 wurden sie nicht wieder aufgenommen. Dies hing vor allen Dingen damit zusammen, daß man in § 94 des Entwurfes den Rechtsweg ausgeschlossen hatte und als letzte Entscheidungsinstanz einen Bezirksausschuß vorsah. Dahinter stand die Überzeugung, das Offenhalten des Rechtsweges schließe die Durchführung größerer Umlegungen aus[110]. Nur ein mit der gesamten Umlegung befaßter Ausschuß habe für die Bewertung der Grundstücke u.ä. den notwendigen Überblick. Da auf der anderen Seite aber immer noch die Auffassung herrschte, bei der Umlegung handle es sich in Wahrheit

107) Jung, 332 f
108) Jung, 332 f
109) Schröder ZfV 1930, 218
110) Schröder ZfV 1930, 219

um eine Enteignung, verwies man auf den Art. 153 Abs.2 Satz 3 der Weimarer Reichsverfassung, der bestimmte, daß wegen der Enteignungsentschädigung der Rechtsweg offenzuhalten sei. Abweichendes konnte nur ein Reichsgesetz bestimmen.

e) Die landesgesetzliche Fortschreibung des Umlegungsrechts

In anderen Ländern hatte man in der Zwischenzeit die bisherigen Erfahrungen mit der Umlegung in Novellen der bestehenden oder in neugefaßten Gesetzen niedergelegt. Zu nennen wären hier z.B. das braunschweigische Umlegungsgesetz vom 24.1.1920; das bayrische Gesetz über die Erschließung von Baugelände vom 4.7.1923; das württembergische Baulandgesetz vom 18.2.1926; das hessische Baulandumlegungsgesetz vom 6.11.1920/10.10.1927; die Novelle des badischen Ortsstraßengesetzes vom 15.10.1908. Alle diese Gesetze sahen nunmehr - wenn auch mit Modifikationen im einzelnen - die zwangsweise Umlegung vor. Außerdem wurden für Verkehrs- und Grünflächen zwischen 30 und 40 % der eingeworfenen Fläche unentgeltlich abgezogen. Eine derartige Regelung enthielt zwar schon die Lex Adickes von 1902; es gab aber auch andere Landesgesetze, die noch den Erwerb der Straßenflächen durch die Gemeinde zur Voraussetzung einer Umlegung gemacht hatten, wie z.B. das badische Ortsstraßengesetz von 1896 vor der Novellierung von 1908. Die erheblichen wirtschaftlichen Belastungen einer solchen Erwerbspflicht der Gemeinde waren ein nicht zu unterschätzendes Hindernis für die kommunalen Planungsabsichten. Da sich die Flächenexpansion der Gemeinden nicht nach deren Finanzkraft richtete, sondern durch andere Faktoren bestimmt wurde, wie z.B. Industrialisierung und damit einhergehender erhöhter Ansiedlungswilligkeit, wurde die gesamte Erschließungslast auf die betroffenen Grundstückseigentümer verteilt. Eine innere Rechtfertigung dafür sah man wohl mit in der erheblichen Wertsteigerung, die die Grundstücke im Umlegungsgebiet erfuhren und die den Eigentümern eigentlich ohne deren besonderes Verdienst zufloß. Gleichzeitig war dies aber auch ein Grund, der viele im Zusammenhang mit der Umlegung von "Enteignung" reden ließ.

f) Das Scheitern einer Rechtsvereinheitlichung

aa) In der Weimarer Republik

Die ersten Bemühungen, reichseinheitliches Rahmenrecht für die Länder in der Frage der Umlegung zu schaffen, schlugen sich in verschiedenen Gesetzentwürfen nieder. Zu nennen sind hier die Entwürfe zu einem Reichswohnheimstättengesetz, zu einem Reichsbaulandgesetz und zu einem Reichsstädtebaugesetz.

Sie alle - wie auch der Entwurf für ein preußisches Städtebaugesetz - waren Anlaß für eine lebhafte Diskussion in Fachkreisen auch über die Umlegung im allgemeinen[111], wurden aber nicht Gesetz. Dafür waren sicherlich auch die seit 1933 veränderten politischen Verhältnisse verantwortlich.

bb) Im Dritten Reich

Während des Dritten Reiches war man zwar verbal bestrebt, die Materie in ein einheitliches Gesetz zu bringen. De facto tat man jedoch einen Schritt zurück mit der Verordnung über Neuordnungsmaßnahmen zur Beseitigung von Kriegsfolgen vom 2.12.1940, die für ihren räumlichen Geltungsbereich (Rheinprovinz, Saar-Pfalz und Baden) die Reichsumlegungsordnung vom 16.6.1937 auch für städtische Baulandumlegungen für sinngemäß anwendbar erklärte. Diese auf Reichsebene bereits zehn Jahre früher schon erwogene Maßnahme[112] wurde der Verschiedenheit von ländlichen und städtischen Umlegungen nicht gerecht[113].

111) Vgl. z.B. Schmelz; Panther; Schröder ZfV 1930, 205. Allgemein zur Umlegung: Schröder ZfV 1930, 730; zum hessischen Baulandumlegungsgesetz: Schadt; Rohleder AVN 1930, 353 u. 375; Rohleder ZfV 1931, 270; Schröder ZfV 1931, 278

112) Schröder, ZfV 1930, 220

113) Ernst, BBauBl. 1952, 142

V. Die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg

1. Die Anwendung der Reichsumlegungsordnung von 1937

Die Katastrophe des Zweiten Weltkriegs ließ den Gemeinden jedoch keine Wahl. Die genannte Verordnung wurde auf die westfälischen Regierungsbezirke ausgedehnt[114]. Mangels Besserem wurden verschiedentlich auch Umlegungen nach diesen Regeln eingeleitet[115], die jedoch kaum zu vollständig befriedigenden Lösungen führen konnten. Die Bedeutung des Abzugs für öffentliche Flächen konnte im Verfahren der Reichsumlegungsordnung nicht ausreichend berücksichtigt werden. Auch die Verfahrensträgerschaft der Umlegungsteilnehmer, die nach der Reichsumlegungsordnung vorgesehen ist, wurde dem Umstand nicht gerecht, daß die Errichtung der gemeinschaftlichen Anlagen im Städtebau eine Aufgabe der Gemeinde ist. Ebenso fand die Frage der Kostentragung keine befriedigende Regelung. Denn während die Erschließungswege im landwirtschaftlichen Bereich doch überwiegend den Anliegern zugute kommen und somit diese die Kosten der Umlegung zu tragen hatten, ist die Einrichtung neuer Straßen im Gemeindebereich zumindest tendenziell eine Aufgabe des Gemeinwesens[116].

2. Die Aufbaugesetze der Länder

Die immensen Zerstörungen des Zweiten Weltkrieges und die Flut der Heimatvertriebenen drängten jedoch auf eine schnelle Lösung der städtebaulichen Probleme[117]. Die unbefriedigende gesetzliche Regelung auf Reichs- bzw. Bundesebene ließ viele Länder die Initiative ergreifen und sogenannte "Enttrümmerungs-" oder "Aufbaugesetze" erlassen. Dabei stützten sich einige Länder auf den sogenannten Lemgoer-Entwurf, der in Zusammenarbeit des ehemaligen Zentralamtes für Arbeit mit dem Deutschen Städtetag 1947 entstanden war und wenigstens zum Teil ein gewisses Element der Einheitlichkeit in die Ländergesetzgebung brachte[118]. Die Diskussion

114) Verordnung v. 29.4.1947
115) Rheydt, Dortmund, Bochum und Duisburg; Ernst, BBauBl.1952 142
116) Ernst, BBauBl. 1952, 142
117) Weinheimer Gutachten, 16
118) Jung, 334

drehte sich - zumindest in Fachkreisen - nunmehr auch nicht mehr nur um die Zulässigkeit der Umlegung, sondern mehr um die beste technische Durchführung[119]. Das nordrhein-westfälische Aufbaugesetz in der Fassung von 1952 beispielsweise sah in § 28a bereits wieder eine Regelung vor, die das freiwillige Einverständnis der Beteiligten zur Grundlage von Umlegungsmaßnahmen machte. In der Praxis der Umlegung hatte sich gezeigt, daß die Einigkeit aller Betroffenen noch immer die sicherste Grundlage für einen raschen und allseits befriedigenden Verfahrensgang war. Dieser Tatsache versuchte man in § 28a dadurch gerecht zu werden, daß bereits im Vorfeld des eigentlichen Umlegungsverfahrens bei entsprechendem Einverständnis eine Regelung der dinglichen und persönlichen Rechte an den Grundstücken im Umlegungsgebiet ermöglicht wurde[120], was eine erhebliche Beschleunigung des Verfahrens bedeutete.

3. Das Bundesbaugesetz von 1960

Da jedoch nicht alle Länder gesetzgeberisch tätig wurden[121], kam es, daß z.B. 1953 im Land Württemberg-Baden gebietsweise drei verschiedene Gesetze für die städtische Umlegung galten und zwar aus den Jahren 1906, 1926 und 1948[122]. So blieb nach wie vor das Bedürfnis für eine einheitliche Lösung bestehen. Diese wurde schließlich im Rahmen des heute geltenden Bundesbaugesetzes von 1960 erreicht, dessen Vorarbeiten bis in das Jahr 1950 - also einen Zeitpunkt, zu dem die meisten Aufbaugesetze gerade erlassen wurden - zurückgreifen. Man stützte sich dabei auf die Erfahrungen, die man mit den Ländergesetzen gemacht hatte[123].

119) Ernst, BBauBl. 1952, 141; Pathe
120) Jung, 336
121) Vgl. die Auflistung im Weinheimer Gutachten, Anlage 2 zu Abschnitt II und bei Pathe, 34
122) Jung, 338
123) BT-DrS. 3/336

VI. Zusammenfassung

Die Entwicklung der städtebaulichen Umlegung stellt sich dar als Funktion des in der Geschichte unterschiedlichen städtischen Expansionsdrangs und der jeweils bestehenden Herrschaftsverhältnisse an Grund und Boden.

Während die Bebauung der m i t t e l a l t e r l i c h e n Stadt zunächst keine Schwierigkeiten bereitete, da genügend Platz vorhanden war und sich der Grund und Boden in der Regel auch in einer Hand, nämlich in der des Grundherren befand, änderte sich dies mit steigenden Bevölkerungszahlen und dem Bedeutungszuwachs des Individualeigentums. Die kommunale Bewältigung der dadurch auftretenden städtebaulichen Probleme wurde durch den Dirigismus und die selbstdarstellerische Zielsetzung der a b s o l u t i s t i s c h e n Periode nach dem 30jährigen Krieg wesentlich erschwert. Im Vordergrund stand nicht die Beseitigung sozial und hygienisch untragbarer Verhältnisse, sondern die Planung gänzlich neuer Städte. Die benötigten Bauflächen wurden durch hoheitlich verfügte Enteignungen beschafft. Damit war zumindest in den neu angelegten Städten die der Umlegung zugrundeliegende Problemstellung gelöst. Die Kräfte der kommunalen Selbstverwaltung allerdings, die im 1 9 . J a h r h u n d e r t wieder verstärkt gefördert wurden, lösten sich nur schwer aus der zuvor verordneten Entmündigung. Eine weitgehend verfehlte Planung war die Folge, die sich darüberhinaus ohne Rücksicht auf die geänderten Bedingungen an den Idealen der gerade vergangenen Epoche orientierte. Die Verabsolutierung des Eigentumsgedankens und das explosionsartige Anwachsen der Städte durch die zunehmende Industrialisierung taten das Ihrige.

Die privatwirtschaftliche Bodenspekulation wies immer dringender auf die Notwendigkeit einer hoheitlichen Eingriffsmöglichkeit zur Ordnung des Baugeländes hin. Die überwiegend nur auf freiwilliger Basis mögliche Umlegung genügte nicht mehr zur Bewältigung der anstehenden Aufgaben. Gegen Ende des Jahrhunderts häuften sich denn auch die gesetzgeberischen Initiativen - die in Preußen insbesondere in der Lex Adickes einen Höhepunkt fanden -, wonach

die Umlegung auch ohne Einwilligung aller Betroffenen durchgeführt werden konnte. Obwohl in Fachkreisen das Bedürfnis nach derartigen Ermächtigungen weitgehend unbestritten war und obwohl auch reichseinheitliche Regelungen der Materie immer wieder in Angriff genommen wurden, gab es bis in unsere Tage nach dem Zweiten Weltkrieg nur Gesetze mit regional begrenzter Bedeutung (z.B. die Landesaufbaugesetze). Erst 1960 wurden mit Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes bundesweit geltende Vorschriften geschaffen. Diese Normen lösen die Probleme der Umlegung sicher in einem Umfang, wie ihn sich der aufgeklärte und weitsichtige Städteplaner des 19. Jahrhunderts nur gewünscht haben mag. Und doch genügen sie der modernen Gemeindeverwaltung so wenig, daß wahrscheinlich über die Hälfte[124)] der Umlegungen sich nicht an ihnen ausrichten, sondern im Wege der freiwilligen Vereinbarung - wie noch im vorigen Jahrhundert allein möglich - durchgeführt werden.

124) Das ist das Ergebnis einer Erhebung des Gemeindetags Baden-Württemberg aus dem Jahre 1982 für das Land Baden-Württemberg

ZWEITES KAPITEL [125]

Die tatsächlichen Grundlagen der freiwilligen Umlegung

A. Einleitung

Gegenstand dieses Kapitels sind die tatsächlichen Grundlagen der freiwilligen Umlegung, wie sie der in den weiteren Kapiteln folgenden rechtlichen Beurteilung zugrunde liegen.

Ausgehend vom Verfahrensgang nach den Regeln des Bundesbaugesetzes wird versucht, die innere Logik der Entwicklung hin zur differenziertesten Form der freiwilligen Umlegung aufzuzeigen. Im Vordergrund stehen dabei die Vor- und Nachteile der einzelnen Verfahrensmöglichkeiten, die wiederum für die Gemeinde das Motiv zur Fortentwicklung des jeweils Vorhandenen bildeten.

125) Die hier ausgebreiteten Kenntnisse der kommunalen Bodenpolitik rühren aus zahlreichen Gesprächen her mit Vertretern von Gemeinden und gemeindlichen Interessenverbänden, mit Richtern der Verwaltungs- und Zivilgerichtsbarkeit, mit Rechtsanwälten und Vertretern privatwirtschaftlicher Verfahrensträger und berücksichtigt Äußerungen berufener Universitätslehrer. Außerdem wurde eine kleine Umfrage bei Gemeinden und Städten in Baden-Württemberg durchgeführt, die allerdings keinerlei Anspruch auf statistischen Wert erhebt. Schließlich konnten die Ergebnisse einer Erhebung des Gemeindetags Baden-Württemberg aus dem Jahre 1982 verwertet werden, die sich mit derselben Thematik befaßte. Als nützlich erwies sich ebenso eine im Regierungsbezirk Freiburg im Februar 1982 durch das Regierungspräsidium veranlaßte und durchgeführte Untersuchung über die regionale Baulandsituation. Und endlich fanden auch die zahlreichen Aufsätze Eingang, die von Praktikern - sehr oft Vermessungstechnikern - seit 1950 veröffentlicht wurden. Zu nennen sind hier: Hoffmann; Bonczek, MittBlVermIng 1954, 95; Rank, WGZ 1963, 175; Dillinger; Wilde; Dick; Rößling; Dieterich, Städtebauliche Beiträge 1969, 92; Adrian; Rank, WGZ 1971,84; Tesmer; Dieterich WGZ 1972, 306; Bonczek DVBl. 1972, 633; Golde; Mayer-Steudte, Städtebauliche Beiträge 1973, 20; ders. Gemeinnütziges Wohnungswesen 1973, 375; ders. Stadtbauwelt 1973, 57; Baur, Festschrift, 71; Bielenberg.

B. Der Verfahrensgang nach dem Bundesbaugesetz[126)]

I. Die gesetzliche Regelung

Die Gemeinde ist als Umlegungsstelle für die Einleitung und Durchführung der Umlegung zuständig (§ 46 Abs.1). Hat die Gemeindeverwaltung die Erforderlichkeit (§ 46 Abs.1) einer Umlegung festgestellt, wird diese nach Vorschlag durch den Gemeinderat angeordnet. Für den Fall, daß die Landesregierung von der Ermächtigung nach § 46 Abs.2 Gebrauch gemacht und eine entsprechende Rechtsverordnung erlassen hat, wird ein sogenannter Umlegungsausschuß gebildet, der als selbständiges Gemeindeorgan Entscheidungsbefugnis besitzt und der die Funktionen der Umlegungsstelle übernimmt.

Dieser Ausschuß - oder ansonsten der Gemeinderat - faßt nunmehr den Umlegungsbeschluß, durch den die Umlegung formell eingeleitet wird (§ 47). Der ortsüblich bekanntzumachende Beschluß (§ 50) bezeichnet grundstücksgenau die Ausdehnung des Umlegungsgebiets (§ 47). Gleichzeitig werden die nicht aus dem Grundbuch ersichtlichen Inhaber von Rechten an Grundstücken aufgefordert, diese Rechte innerhalb eines Monats zur Vermeidung von Rechtsnachteilen (§ 50 Abs.3 - 5) geltend zu machen (§ 50 Abs.2). Oft erfolgt mit der Bekanntmachung des Einleitungsbeschlusses auch schon die Auslegung der Bestandskarte und des Bestandsverzeichnisses (§ 53 Abs.2). Beide zeigen den status quo zum Zeitpunkt des Einleitungsbeschlusses. Die Karte weist den Bestand kartographisch aus, das Verzeichnis enthält die Rechtsverhältnisse an den einzelnen Grundstücken (§ 53 Abs.1).

Die Bekanntmachung von Umlegungsbeschluß, Bestandskarte und Bestandsverzeichnis kann unterbleiben, wenn alle Beteiligten damit einverstanden sind (§ 50 Abs.1 S.2, § 53 Abs.2 S.3). Beteiligt am Umlegungsverfahren sind im wesentlichen die Eigentümer und die

126) Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage; die seit 1981 bestehenden Novellierungsbestrebungen für das Bundesbaugesetz sind nicht berücksichtigt; ihre Realisierung in der ursprünglichen Form der Regierungsvorlage ist nach den geänderten Mehrheitsverhältnissen im Deutschen Bundestag auch nicht mehr zu erwarten.

Inhaber eingetragener und nicht eingetragener Rechte an den Grundstücken, sowie deren Rechtsnachfolger (§ 49) und die Gemeinde (§ 48 Abs.1). Unterbleibt allerdings die Auslegung und Bekanntmachung, entfällt auch die oben erwähnte Einschränkung der Geltendmachung nichtbekannter Rechte. Außerdem ergibt sich durch den Verzicht auf die Auslegung von Bestandskarte und Bestandsverzeichnis kein nennenswerter Zeitvorteil, wenn die Auslegung gleichzeitig mit der Bekanntmachung des Umlegungsbeschlusses erfolgt, da dann sowieso der Ablauf der Rechtsmittelfrist bezüglich des Umlegungsbeschlusses abgewartet werden muß.

Während des Umlegungsverfahrens steht der Gemeinde das Vorkaufsrecht nach § 24 zu; Veränderungen an und Verfügungen über die Grundstücke können nur noch mit Genehmigung der Umlegungsstelle erfolgen (§ 51). Die Genehmigung i s t allerdings zu erteilen, wenn das Vorhaben die Durchführung der Umlegung nicht unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde (§ 51 Abs.3). Rechtsnachfolger treten in das Verfahren in dem Zustand ein, in dem es sich zur Zeit der Rechtsnachfolge befindet (§ 49). Zur Offenlegung der Tatsache, daß das jeweilige Grundstück an einer Umlegung teilnimmt, benachrichtigt die Umlegungsstelle das Grundbuchamt, das im Grundbuch den Umlegungsvermerk einträgt (§ 54).

Während Bestandskarte und Bestandsverzeichnis den alten Zustand wiedergeben, wird der neue Zustand durch den Umlegungsplan ausgewiesen, der wiederum aus der entsprechenden Umlegungskarte (§ 67) und dem Umlegungsverzeichnis (§ 68) besteht (§ 66). Bevor dieser aber aufgestellt werden kann, muß über Art und Ausmaß der Veränderungen entschieden werden, insbesondere welcher Eigentümer welches Grundstück in welcher Größe zugeteilt bekommt. Dafür sind meist intensive Gespräche mit allen Beteiligten erforderlich (§ 66 Abs.1).

Zur Berechnung des sogenannten Zuteilungsanspruchs jedes Eigentümers werden alle von der Umlegung erfaßten Grundstücke rechnerisch zur sogenannten Umlegungsmasse vereinigt (§ 55 Abs.1). Von ihr werden vorab die im Umlegungsgebiet anfallenden Verkehrs- und Grünflächen abgezogen (§ 55 Abs.2, Abs.3). An dieser Stelle müssen also die planerischen Vorstellungen der Gemeinde schon so kon-

kretisiert vorliegen, daß dieser Flächenabzug beziffert werden kann. Die nun entstandene Verteilungsmasse (§ 55 Abs.4) wird unter die Eigentümer so aufgeteilt, daß die zuzuteilenden Grundstücke entweder nach Wert (§ 57) oder nach Fläche (§ 58) im selben Verhältnis zueinander stehen wie die eingeworfenen (§ 56). Während sich die Wertzuteilung am Verkehrswert des Einwurfsgrundstücks orientiert, dem auch das zuzuteilende zu entsprechen hat (§ 57), wird im Fall der Flächenzuteilung der durch die Umlegung für den Eigentümer entstehende Vorteil (bessere Bebaubarkeit) durch einen bis zu 30%igen bzw. in bebauten Gebieten bis zu 10%igen Flächenbeitrag abgeschöpft (§ 58). Der Beitrag darf hierbei das Maß des Umlegungsvorteils für das einzelne Grundstück nicht überschreiten. Kommt einzelnen Grundstücken eine verschiedene Wertigkeit zu, so ist der Vorteil getrennt zu berechnen, es kann also kein einheitlicher Beitrag festgelegt werden.

Unvermeidlich sind oft einzelne Mehr- oder Minderzuteilungen, nicht zuletzt wegen topographischer Gegebenheiten. In diesem Fall hat ein Geldausgleich zu erfolgen (§ 59 Abs.2), wie auch dann, wenn der Flächenabzug 30 % übersteigt (§ 58 Abs.2).

Mit Auslegung der Umlegungskarte (§ 69 Abs.1) ist auch der späteste Zeitpunkt für das Inkrafttreten eines Bebauungsplanes gekommen (§ 45 Abs.2).

Die an den alten Grundstücken bestehenden Rechte werden durch den Umlegungsplan aufgehoben und an den neuen Grundstücken neu begründet (§§ 61,63). Soweit Rechtsnachteile entstehen, werden diese ebenfalls durch Geldzahlungen ersetzt.

Sämtliche so entstehenden Ausgleichsansprüche, wie auch Abfindungen für bauliche Anlagen, Anpflanzungen und sonstige Einrichtungen (§ 60) laufen über die Gemeinde (§ 64). Sie trägt auch die Sach- und Verfahrenskosten (§ 78).

Mit der Bekanntmachung des Umlegungsplans wird der bisherige Rechtszustand durch den neuen ersetzt (§ 72). Die Grundstücksveränderungen laufen also außerhalb des Grundbuchs ab, weshalb abschließend das Grundbuch lediglich zu berücksichtigen ist (§ 74).

II. Die Hauptschwäche dieses Vorgehens und einige ihrer Ursachen

Die hier erfolgte Schilderung des gesetzlichen Umlegungsverfahrens sollte nur einen groben Eindruck von dem Gerüst des Verfahrensablaufs vermitteln. Denn in der Praxis liegt die Schwierigkeit weniger im technischen Detail als vielmehr in der oft eine ganze Dekade und länger in Anspruch nehmenden Verfahrensdauer. Die vielfach eröffneten Möglichkeiten des Rechtsmittelgebrauchs können ein Umlegungsverfahren praktisch auf unabsehbare Zeit lahmlegen. Angreifbare Verwaltungsakte sind insbesondere der Einleitungsbeschluß, der Beschluß des Umlegungsplanes, eine (noch nicht erwähnte, aber nach § 77 mögliche) vorzeitige Besitzeinweisung und das Versagen einer Genehmigung nach § 51 (Verfügungs- oder Veränderungsgenehmigung). Nicht nur die notorisch lange Dauer der Verwaltungsstreitverfahren verhindert dabei letztlich den erfolgreichen Abschluß der Umlegung, auch das verständlicherweise erlahmende Interesse der Gemeinde bei erkennbar massivem Widerstand einzelner Beteiligter trägt seinen Teil zum eventuellen Scheitern bei. Letzteres insbesondere, wenn an einer anderen Stelle des Gemeindegebiets die Verfahrensdurchführung mehr Erfolg verspricht.

Wenn es auf den ersten Blick auch sehr unwahrscheinlich klingen mag, daß sich Eigentümer trotz zu erwartender immenser Wertsteigerungen ihrer Grundstücke gegen eine Umlegung sperren, so ist dies doch sehr häufig der Fall. Hierbei spielen die unterschiedlichsten Motivationen eine Rolle. In dichtbesiedelten Gebieten ist z.B. für die beteiligten Landwirte entscheidend, daß die landwirtschaftliche Nutzfläche in solchen Regionen zum einen nicht beliebig vermehrbar ist und zum anderen ein mit modernem Maschinenpark geführter Hof eine gewisse Mindestgröße für eine rentable Bodenbewirtschaftung braucht. Dazu kommt, daß eventuell anfallende Bodengewinne einkommensteuerpflichtig sind, sofern sie nicht wieder im Betrieb reinvestiert werden (§§ 6b und 6c EStG), was aber insbesondere bei nicht

buchführenden Landwirten an gewisse Grenzen stößt[127]. Meist auch sind die Landwirte in solchen Gebieten schon früher an einem Umlegungsverfahren beteiligt gewesen, so daß ihr Finanzbedarf durch den Verkauf von Bauland bereits gedeckt ist. Außerdem erscheint bei, wenn auch geringer, so doch stetiger Inflation der Sachwert Boden als die sicherste Vermögensaufbewahrung.

Durch eine derartige Sachlage dürfte die Verfahrensdurchführung sicher am schwersten behindert werden. Größere Erfolgschancen bestehen in den ebenfalls nicht seltenen Fällen, daß sich einzelne Beteiligte bei der Zuteilung gegenüber anderen Grundstückseigentümern benachteiligt fühlen oder daß die Ausgleichszahlungen für Mehr- und Minderzuteilungen, sowie sogenannte Pflanzentschädigungen als zu hoch respektive zu niedrig empfunden werden. Sicher können derartige Streitpunkte ohne weiteres von der Umlegungsstelle durch Hoheitsakt entschieden werden und gerade diese Möglichkeit war es, die im historischen Rückblick die gesetzliche Normierung der Umlegung wünschenswert erscheinen ließ. Bei solchen - allerdings oft unvermeidlichen - "Gewaltentscheidungen", ist jedoch mit relativ großer Sicherheit auch mit der Einlegung von Rechtsmitteln zu rechnen. Die Stärke der hoheitlichen Entscheidung, den Gordischen Knoten der Interessengegensätze u.U. auch auf die bekannte historische Art lösen zu können, bedeutet also durch das Hinzutreten rechtsstaatlich bedingter Angreifbarkeit gleichzeitig auch seine Schwäche. Nicht zuletzt hierin liegt die Ursache, daß die Praxis der Kommunen zu anderen Gestaltungsformen führte, auf die sogleich einzugehen sein wird.

Festzuhalten bleibt, daß der Erfolg - und das bedeutet regelmäßig die Schnelligkeit - der gesetzlichen Umlegung sehr stark von der Intensität der gemeinlichen Überzeugungsarbeit abhängt. Bestehen hier die personellen Voraussetzungen, so können sehr schöne Ergebnisse erzielt werden, insbesondere wenn sämtliche gesetzlich

127) Der Antrag einiger baden-württembergischer Landtagsabgeordneter Anfang 1981, eine Initiative zur Änderung dieser steuerrechtlichen Situation zu ergreifen, wurde von der Landesregierung unter Hinweis auf die ablehnende Haltung anderer Länder abschlägig beschieden, vgl. LT-DrS. 8/1219

möglichen Abkürzungs- und Vereinfachungsvarianten intensiv genutzt werden und u.U. noch ein allgemeiner Rechtsmittelverzicht das Verfahren abschließt.

C. Die alternativen Verfahrensweisen

I. Der Aufkauf durch die Gemeinde

1. Das Verfahren

Um nun aber möglichen Schwierigkeiten von vorneherein zu begegnen, gingen sehr viele Gemeinden - und gehen auch noch heute - bei der Aufschließung neuer Baugebiete anders vor: Alle betroffenen Grundstücke werden aufgekauft, vereinigt, neu aufgeteilt und dann wieder an Bauwillige veräußert. Der Aufkauf kann entweder im Rahmen einer langfristig von der Gemeinde betriebenen Bodenvorratspolitik oder aber ad hoc beschlossen und kurzfristig durchgeführt werden.

2. Mögliche Vertragsregelungen

Im letzteren Fall werden oft bereits im Ankaufsvertrag die Bedingungen einer eventuellen Rückveräußerung festgelegt. Dies ist besonders sinnvoll, wenn der Grundstückseigentümer selbst bauwillig ist. Er übernimmt dann eine vertragliche Bauverpflichtung, die innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens zu erfüllen ist. Kommt er ihr nicht nach, steht der Gemeinde ein Wiederkaufsrecht zu. Dies bedeutet weitgehende Vermeidung von Baulücken und damit einen sparsamen Umgang mit dem knappen Gut Bauland.

Darüberhinaus werden oft eine Vielzahl weiterer Regelungen getroffen. Zu nennen wären etwa die Festlegung des Rückkaufspreises (für den Eigentümer) bzw. Wiederkaufspreises (für die Gemeinde im Falle nichterfüllter Bauverpflichtung); die Bestimmung der Größe des vom Eigentümer rückkaufbaren Grundstücks, die regelmäßig geringer ist als die des verkauften, wodurch die notwendigen Verkehrs- und Grünflächen sowie eventuell weitere frei verfügbare Flächen gewonnen werden; die Vorauszahlung von zukünftigen Erschließungs-

beiträgen; eine anteilige Übernahme zu erwartender Folgekosten usw. usw.

Ankaufs- wie auch Rückkaufspreise liegen dabei in der Regel deutlich unterhalb der ortsüblichen Bodenpreise. Dies kommt nicht nur dem rückkaufenden Eigentümer, sondern auch dem außenstehenden, kaufwilligen Dritten zugute, weshalb die Gemeinde die verständlicherweise starke Nachfrage durch bestimmte Auswahlkriterien kanalisieren muß. Eine Rolle spielen dabei nicht selten die Ortansässigkeit, die Zahl der Kinder, Einkommen und andere soziale Gesichtspunkte.

3. Vorteile, Nachteile und Zielkonflikte des Verfahrens

Obwohl dieses Vorgehen von vielen Gemeinden als unkompliziert gerühmt und praktiziert wird und außerdem bei entsprechender Handhabung eine Quelle für die kommunale Bodenbeschaffung darstellt, setzt es bestimmte Rahmenbedingungen voraus und ist bei allen Vorzügen nicht frei von Nachteilen.

So bewirkt der Aufkauf der Grundstücke die Bindung u.U. erheblicher finanzieller Mittel der Gemeinde. Tendenziell ist das Verfahren daher nur bei niedrigem und relativ stabilem Preisniveau durchführbar. Derartige Bodenpreisverhältnisse dürften in der Bundesrepublik aber nur noch in ländlichen, strukturschwachen Gegenden anzutreffen sein. Dort gelegene Gemeinden wiederum sind naturgemäß finanziell nicht besonders gut ausgestattet.

In Gebieten mit konstant steigenden Quadratmeterpreisen besteht seitens der Grundstückseigentümer dagegen nur geringe Neigung, ihr Eigentum zu niedrigen Preisen zu verkaufen und einen sicher zu erwartenden Veräußerungsgewinn der Gemeinde zu überlassen. Ein solcher wird in der Regel erzielt und dürfte den Einwand, die Gemeinde trage bei einem solchen Vorgehen das Verwertungsrisiko im Sinne eines Verlustrisikos als mehr theoretischer Natur entfallen lassen.

Schwerer wiegt wohl ein anderes Bedenken, daß nämlich beim Ankauf-Rückkaufverfahren letztlich auch die Verkehrsflächen entgeltlich durch die Gemeinde erworben werden. Dies belastet die

Gemeindekasse und damit alle Gemeindeeinwohner, während das Bundesbaugesetz vorschreibt, daß besagte Flächen von den betroffenen Grundeigentümern aufzubringen sind. Bei einer rechtlichen Untersuchung dieser Gepflogenheit - für die hier jedoch kein Raum ist - müßten wohl die Grundsätze der sparsamen Haushaltsführung nach der Gemeindeordnung wie auch Art.3 GG näher in Augenschein genommen werden.

Letztlich mag zwar ein entstehender finanzieller Nachteil durch entsprechende Preisgestaltung beim Verkauf wieder ausgeglichen werden. Dies jedoch steht wiederum im Konflik mit einer anderen Zielsetzung des beschriebenen Vorgehens: Als besonders vorteilhaft wird nämlich die bodenpreismäßigende Wirkung derartiger kommunaler Bodenpolitik angesehen. Durch niedrige Ankaufspreise, fehlende Spekulationsabsicht bei der Gemeinde und gezielte Vergabe der freien, nicht mit einer Rückkaufsberechtigung belasteten Grundstücke kann ein beträchtlicher Teil der örtlichen Nachfrage zu niedrigen Preisen befriedigt werden, was seine Wirkung auf das übrige Grundstücksangebot in der Regel nicht verfehlt. Allerdings muß nochmals daran erinnert werden, daß eine gewisse Preisruhe vielfach bereits Voraussetzung der Durchführung des Aufkaufverfahrens ist.

Miesliche Auswirkungen im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot können sich ergeben, wenn ein Teil der Grundeigentümer zum Verkauf nicht bereit ist und dann doch ein gesetzliches Umlegungsverfahren durchgeführt werden muß. Die von den verkaufsbereiten Eigentümern abverlangten (Preis-)Opfer treffen die Beteiligten der gesetzlichen Umlegung dann oft nicht im gleichen Maße, was insbesondere im Hinblick auf zukünftig in derselben Gemeinde durchzuführende Umlegungen die Verkaufsbereitschaft nicht fördern wird.

Unter allen Nachteilen wiegt in der Regel aber doch am schwersten die finanzielle Belastung der Gemeinde. Denn selbst wenn man davon ausgeht, daß im Ergebnis zumindest kein Verlust entsteht, wird die zunächst für den Grundstücksankauf aufzubringende Summe den Finanzrahmen so mancher Gemeinde bei weitem übersteigen. Um dem zu entgehen, werden im wesentlichen zwei Wege beschritten, wovon der erste hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt sei:

Durch Einschaltung eines fremden Verfahrensträgers - meist eine kommunale Entwicklungsgesellschaft, die auf derartige Verfahrensweisen spezialisiert ist - werden die finanziellen Transaktionen haushaltsneutral abgewickelt. Das wird dadurch erreicht, daß der Aufkauf der Grundstücke durch den Verfahrensträger erfolgt und die Gemeinde lediglich auf die Bedingungen von An- und Verkauf Einfluß nimmt. Dieses Vorgehen erreichte insbesondere in Bayern modellhaften Charakter, wird in jüngster Zeit aber auch in Baden-Württemberg praktiziert[128]. Der zweite, hier interessierende Weg führt mitten in das Thema dieser Arbeit: Es handelt sich um die sogenannte freiwillige Umlegung.

II. Die einfache freiwillige Umlegung

1. Das Verfahren

Der Terminus "freiwillig" ist im wesentlichen als eine Kennzeichnung der Handlungsform zu verstehen. Im Gegensatz zu der Entscheidung durch Verwaltungsakt im gesetzlichen Verfahren, werden die gewünschten Regelungen in einem Vertragswerk, dem sogenannten Umlegungsvertrag festgelegt. Dies setzt die Willensübereinstimmung aller Beteiligten und somit Freiwilligkeit voraus, daher "freiwillige" Umlegung. Hierin liegt zunächst auch der Wert dieser Art des Vorgehens: Die Herbeiführung eines allgemeinen Konsenses und dessen Fixierung in einer Vertragsurkunde nimmt im Grunde genommen das zeitintensive Rechtsmittelverfahren bei der gesetzlichen Umlegung vorweg und zwar ohne Instanzenweg!

Technisch gesehen ergibt sich folgender Ablauf: Nachdem das Einverständnis aller Betroffener gesichert ist, wird ein notarieller Umlegungsvertrag geschlossen. Durch ihn werden zunächst alle Grundstücke treuhänderisch auf die Gemeinde übertragen. Diese bildet nach § 890 Abs.2 BGB ein Massegrundstück. Der dem Flächenabzug bzw. -beitrag im gesetzlichen Verfahren entsprechende Teil des Grundstücks wird von der Gemeinde einbehalten, der Rest

128) Glück

neu aufgeteilt und entsprechend dem ursprünglichen Verhältnis der Einwurfsflächen wieder auf die Eigentümer rückübertragen.

Einigung und Auflassung können, müssen aber nicht in einer Urkunde erklärt werden. Diese Möglichkeit bietet sich aber insbesondere dann an, wenn der Teilnehmerkreis überschaubar ist und zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung auch bereits das allgemeine Einverständnis vorliegt. Wenn dies nicht der Fall ist, wird oft die Einigung unter der aufschiebenden Bedingung der Einwilligung auch aller anderen Betroffenen erklärt. Die Auflassungserklärung kann dann nach notarsüblicher Vollmachtserteilung an Notariatsbedienstete durch diese erfolgen, wenn die Einigung wirksam geworden ist.

Die vertraglichen Übertragungsansprüche der Gemeinde werden in der Regel durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch gesichert, was im Ergebnis die Funktion der Verfügungssperre nach § 55 im gesetzlichen Verfahren erfüllt.

Die Kosten des Verfahrens trägt entsprechend der Regelung beim gesetzlichen Verfahren die Gemeinde. Auch im übrigen werden bei diesem Grundmuster des freiwilligen Umlegungsvertrags keine von den Regeln des Bundesbaugesetzes abweichenden Vereinbarungen getroffen.

2. Vor- und Nachteile

Das so praktizierte freiwillige Umlegungsverfahren vereinigt die Vorteile von gesetzlichem und dem unter C.I. beschriebenen Aufkaufverfahren und vermeidet gleichzeitig die gravierendsten Nachteile beider Vorgehensweisen.

a) Vorteile

aa) Vermeidung von Rechtsmittelverfahren

Wie beim Aufkaufverfahren wird die Gefahr umfangreicher Rechtsmitteleinlegung verhindert. Bezeichnenderweise gibt es kein veröffentlichtes rechtskräftiges Urteil, das aus einem Umlegungsvertrag entstandene Streitigkeiten zu entscheiden gehabt hätte. Es ist lediglich bekannt, daß im Moment (Mitte 1983) beim Bundes-

verwaltungsgericht ein Rechtsstreit anhängig ist, der sich mit einem freiwilligen Umlegungsvertrag befaßt.

In der Praxis bildet aber auch gerade dieser Aspekt den schwierigsten Teil der gemeindlichen Arbeit. Es erfordert u.U. hohen personellen Einsatz, die beteiligten Interessen "unter einen Hut zu bringen". Das individuelle Engagement und die grundsätzliche Einstellung der Gemeindeverantwortlichen entscheiden über Erfolg oder Mißerfolg des Verfahrens. Daran liegt es, daß auf Gemeindeebene zur freiwilligen Umlegung sehr unterschiedliche Stellungnahmen vorliegen: Während von einem Teil immer mehr freiwillige Umlegungen durchgeführt werden, diese sogar zur Regel werden, herrscht anderswo die Auffassung, freiwillige Umlegungen ließen sich nicht mehr durchführen und brächten wegen des Einigungszwangs nur erhöhten Verwaltungsaufwand.

bb) Optimale Einflußnahme durch den Bürger

Bei der Zuteilung der neuen Grundstücke in der Örtlichkeit, wie auch in der Größe ist die Gemeinde außerdem in hohem Maße flexibel.

Der Ausgleich für Mehr- und Minderzuteilungen wird frei ausgehandelt.

Die Höhe des Vorteilsausgleichs kann in Übereinstimmung mit den Grundeigentümern festgelegt werden. Die Einflußmöglichkeiten der betroffenen Bürger können insgesamt als optimiert bezeichnet werden.

cc) Geringes finanzielles Risiko für die Gemeinde

Auf der anderen Seite beschränkt sich das finanzielle Engagement der Gemeinde wie beim gesetzlichen Verfahren auf die Verfahrenskosten, es entsteht allerdings auch keine mögliche Gewinnsituation.

dd) Enge Abstimmung auch der Bauleitplanung mit den Betroffenen

Die Aufstellung und inhaltliche Ausgestaltung des Bebauungsplans kann in enger Abstimmung mit den umlegungsbe-

troffenen Eigentümern und unter vielfacher Verzahnung der beiden Verfahren erfolgen. Das führt nicht nur zu der vielbeschworenen bürgernahen Planung, sondern in der Regel auch dazu, daß der Bebauungsplan nach Feststellung zumindest von den Umlegungsbeteiligten nicht mehr angefochten wird.

b) Nachteile

Diesen Vorteilen stehen natürlich auch hier gewisse Nachteile gegenüber.

aa) Überzogene Forderungen einzelner Beteiligter

Insbesondere die bereits oben erwähnte fehlende Mitwirkungsbereitschaft mancher Landwirte kann zu einem Prüfstein des Verfahrens werden. Im Bewußtsein ihrer Machtposition wird von einzelnen schon dazu übergegangen, nicht nur den aus der Baulandqualität erwachsenden Gewinn abzuschöpfen, sondern auch noch im Rahmen des Umlegungsverfahrens eine Abfindung in landwirtschaftlicher Fläche von der Gemeinde zu fordern. Dagegen kann sich die Gemeinde nur dadurch schützen, daß sie die Möglichkeit, ein gesetzliches Umlegungsverfahren einzuleiten immer im Auge behält. Sonst kann es zu einer Verkehrung der üblichen Praxis kommen und die Gemeinde z.B. gezwungen sein, auf eine volle Abschöpfung des Umlegungsvorteils zu verzichten. Dies wäre nicht nur ein bodenpolitisch unerwünschter Effekt, sondern könnte auch ernsthaften rechtlichen Bedenken begegnen, wie sie bezüglich des zu niedrigen Flächenbeitrags bereits beim Aufkaufverfahren angedeutet worden sind.

bb) Keine effektive persönliche und dingliche Verfahrenssicherung

Ein weiteres Problem kann dadurch entstehen, daß das freiwillige Verfahren natürlich keine persönlichen und dinglichen Sicherungen kennt, wie sie das gesetzliche Verfahren in den §§ 49 (Rechtsnachfolge), 51 (Verfügungs- und Veränderungssperre) und 24 (Vorkaufsrecht) vorsieht. Dadurch bereiten insbesondere Vorkommnisse bei den Beteiligten wie Tod, Konkurs und Veräußerung nicht

unerhebliche Schwierigkeiten, denen auch durch entsprechende Vertragsklauseln nur unzureichend oder nicht Rechnung getragen werden kann. Es nützt dem Verfahren z.B. wenig, wenn dem Eigentümer für den Fall der Veräußerung die Verpflichtung auferlegt wird, die vertraglichen Vereinbarungen auch dem Käufer aufzuerlegen, der dieser Verpflichtung aber nicht nachkommt. Ein statt dessen vertraglich festgelegter Schadensersatzanspruch beseitigt nicht die Notwendigkeit neuer Verhandlungen mit dem neuen Eigentümer.

cc) Schwächere Stellung der Pfandgläubiger

Auch die Stellung der Pfandgläubiger fordert neue Wege. Das Mißtrauen gegenüber "nur" vertraglich gesicherten Vereinbarungen kann sie die Einwilligung zum Pfandtausch versagen lassen - meist zu unrecht allerdings, da durch die Umlegung in der Regel eine Pfandverbesserung eintritt. In früheren Zeiten, bei niedrigen Bodenpreisen griff die Gemeinde manchmal noch zum Mittel der Hinterlegung, d.h. sie hinterlegte den Betrag, der dem Risiko des Pfandgläubigers bei einer Pfandfreigabe entsprach. Heute muß diese Möglichkeit in der Regel wegen der zu weit gehenden und auch kaum gerechtfertigten Bindung von Finanzmitteln entfallen. Als Alternative bietet sich die Ersatzsicherung durch eine Bürgschaft der Gemeinde an. Diese relativ gute Absicherung stimmt normalerweise auch kritische Gläubiger um.

dd) Umständlicherer Grundbuchvollzug

Auch der Grundbuchvollzug für den Grundbuchbeamten gestaltet sich umständlicher. Während bei der gesetzlichen Umlegung lediglich die Berichtigungen aufgrund der von der Gemeinde eingereichten Veränderungsnachweise eingetragen werden, sind bei der freiwilligen Umlegung die alten Belastungen der Grundstücke im Zuge der treuhänderischen Übertragung auf die Gemeinde zu löschen, um nach Neubewilligung in die neuen Grundbücher eingetragen werden zu können.

3. Würdigung und Verhältnis zur gesetzlichen Umlegung

Abschließend bleibt festzuhalten, daß von den Gemeinden als entscheidender Vorteil der freiwilligen Umlegung die erhebliche Zeitersparnis empfunden wird. Wegen der intensiven Abstimmung aller betroffenen Belange kann nämlich zumeist der langwierige Weg des Rechtsstreits vermieden werden.

Hervorzuheben ist allerdings nochmals, daß eine derartige Abstimmung prinzipiell auch im gesetzlichen Verfahren möglich ist. Die Durchführung der gesetzlichen Umlegung soll ja nicht die Mitgestaltung durch die Betroffenen ausschließen, sondern im gegenteiligen Sinn die sachwidrige Mitarbeit einzelner verhindern. § 45 Abs.2 setzt das Inkrafttreten eines Bebauungsplanes erst mit der Auslegung der Umlegungskarte voraus, einem Verfahrensabschnitt also, in dem die wesentlichen Entscheidungen getroffen sein müssen. Es besteht also Zeit und Möglichkeit zu einer eingehenden Diskussion mit den Beteiligten. § 66 sieht daher auch vor, daß der Umlegungsplan "nach Erörterung mit den Eigentümern" aufzustellen ist. Außerdem wird in zahlreichen Vorschriften auf das Einverständnis der Betroffenen abgestellt.

Daß die freiwillige Umlegung schneller zu Ergebnissen führt, mag u.U. auch auf einen nicht zu unterschätzenden psychologischen Faktor zurückzuführen sein. Im Rahmen der freiwilligen Einigung wird der Grundstückseigentümer eher bereit sein, eine Belastung zu akzeptieren, die er bei hoheitlicher Auferlegung sofort angefochten hätte. Erfahrungsgemäß sinkt der Wille zur Obstruktion, wenn die Möglichkeit aktiver, eigener Mitgestaltung geboten wird. Dies dürfte einen guten Teil des Erfolgs der freiwilligen Umlegung bei in Baden-Württemberg immerhin ca. 50 % der Gemeinden ausmachen.

Im übrigen kann natürlich auf das gesetzlich bereitgehaltene Instrumentarium der Regelung des Bundesbaugesetzes trotzdem nicht verzichtet werden. Scheitern die Bemühungen um eine Einigung, so bleibt nichts anderes übrig, als ein formelles Verfahren einzuleiten. Unter Umständen ist auch von vorneherein nur eine gesetzliche Umlegung durchführbar, wenn sich z.B. bereits bebaute Grundstücke im Umlegungsgebiet befinden. Diese bedürfen bei der Berechnung des Umlegungsvorteils einer besonderen Behandlung, da ein solcher meist

nicht erkennbar ist. Außerdem wird in der Regel dem Eigentümer eines bewohnten (!) Grundstücks das Verständnis für einen Verkehrs- und Grünflächenabzug zu seinen Lasten fehlen. Es müssen also für solche Grundstücke individuelle Regelungen gefunden werden, die dann aber das Mißtrauen der übrigen Beteiligten erwecken und daher speziell bei freiwilligen Umlegungen selten durchzusetzen sind. Läßt sich eine Aussparung des Grundstücks also nicht erreichen, so dürfte der Weg an einer gesetzlichen Umlegung kaum vorbeiführen.

III. Variationsmöglichkeiten der freiwilligen Umlegung

Bereits oben wurde darauf hingewiesen, daß bei geschickter Ausnutzung der Verhandlungsmöglichkeiten auch im Rahmen der gesetzlichen Umlegung die Abstimmung mit den Betroffenen soweit vorangetrieben werden kann, daß aufgrund weitgehender Übereinstimmung, verbunden mit einem möglichen Rechtsmittelverzicht die Gefahr rechtsmittelbedingter Verzögerungen nahezu ausgeschlossen ist. Der eigentliche Wert der freiwilligen Umlegung liegt denn auch, neben dem bereits erwähnten psychologischen Aspekt, auf den sonstigen Möglichkeiten, die im Vertragswege, nicht aber im gesetzlichen Verfahren verfolgt werden können.

1. Das sogenannte "Stuttgarter Modell"

Insbesondere im Stuttgarter Raum wurde hier seit Mitte der 60er Jahre in gewisser Weise Pionierarbeit geleistet, weshalb man auch bei einer besonderen Form der Vertragsgestaltung vom sogenannten "Stuttgarter Modell" spricht. Mit steigenden Bau- und Bodenpreisen wurde es nämlich für die Gemeinden zusehends schwieriger, sozialen Wohnungsbau durchzuführen, der auch zu sozialen Mieten führte. Neben der Senkung der untragbaren Kostenmieten durch direkte Subventionierung kam insbesondere die Senkung der Produktionskosten in Betracht. Da hier bei den reinen Baukosten Grenzen gesetzt sind, war und ist ein Hauptmittel der Kostensenkung die kostenlose oder -günstige Bereitstellung von Baugrundstücken für Bauträger.

Um solche Baugrundstücke in Gemeindehand gelangen zu lassen, standen bis dahin nur die langfristige Bodenvorratspolitik oder der kurzfristige Aufkauf zur Verfügung, deren Nachteile bereits oben eingehend geschildert wurden. Auch die Wertabschöpfung im Rahmen der gesetzlichen Umlegung brachte nur unzureichende Landreserven, wobei durch die 30%ige Obergrenze des § 58 einerseits und den steigenden Bedarf für Grundstücksflächen andererseits der Spielraum sowieso immer enger wurde. Es lag daher nahe, diese 30 %-Grenze nach oben zu verschieben. Da dies im gesetzlichen Verfahren aufgrund der eindeutigen Regelung des § 58 nicht zulässig erschien, ergriff man die Möglichkeiten der freiwilligen Umlegung und brachte die Eigentümer dazu, einen größeren Flächenbeitrag zu dulden.

Während das ursprüngliche "Stuttgarter Modell" die - wenn auch unter dem Verkehrswert liegende - Entschädigung des über 30 % hinausgehenden Abzugs vorsah, gehen neuere Bestrebungen dahin, bereits den unentgeltlichen Abzug über 30 % hinaus auszudehnen. Es handelt sich dabei auch um eine de lege ferenda erhobene Forderung für die Umlegung des Bundesbaugesetzes[129].

Wie bei der Durchführung des Abzugs im einzelnen verfahren wurde, soll hier nicht interessieren, dies kann in den eingangs zitierten Aufsätzen über das "Stuttgarter Modell" nachgelesen werden[130]. Insbesondere der unter 30 % bleibende unentgeltliche Abzug (Rest: entgeltlich) und die Einschaltung von Wohnungsbauunternehmen, die selbst noch aufkaufend tätig wurden und sich andererseits zur Errichtung von Sozialwohnungen verpflichten mußten, eröffneten und eröffnen vielfältige Variationsmöglichkeiten, deren Darlegung hier zu weit führen würde.

Im Zuge der Entwicklung wurde der "Sozialflächenabzug" genannte, erhöhte Flächenbeitrag jedoch nicht nur für Zwecke des sozialen Wohnungsbaus verwendet, sondern auch der Durchführung infrastruktureller Maßnahmen, wie Schul- und Kindergartenbau etc. zugeführt.

129) Vgl. Baden-Württembergischer Gemeindetag in: Die Gemeinde 1981, 292
130) S. a.: Flagge

2. Die freiwillige Umlegung als städtebauliches und baurechtliches Gestaltungsmittel

Eine andere, interessante Möglichkeit der freiwilligen Umlegung ist der Einsatz als städtebauliches und baurechtliches Gestaltungsmittel[131]. Durch eine Vielzahl von Vereinbarungen kann der Umlegungsvertrag die umfassende Umsetzung einer ganzen Stadtteilplanung garantieren. Die Gemeinde oder Stadt stellt hier - am besten unter Einbeziehung der Betroffenen - ein Planungskonzept auf, zu dessen Realisierung die bauwilligen Eigentümer gewisse Verpflichtungen auf sich nehmen müssen. Die Konzeption kann sich dabei auf die Gestaltung von Bauten und Außenanlagen beziehen, beispielsweise also die Ausführung eines bestimmten Gartengestaltungsplans, den Verzicht auf Kleintierställe und Gartenhäuschen, die Anerkennung bestimmter Nutzungsbeschränkungen und bestimmter baulicher Gestaltungselemente verlangen. Weiter ist aber auch die Einräumung von Leitungs-, Geh- und Fahrrechten, die Verpflichtung zur Nutzung vorhandener Fernwärmeeinrichtungen und Gemeinschaftsantennen, die Duldung der Errichtung von Trafostationen auf einem Grundstücksteil, die Begründung von Miteigentum an gemeinschaftlich nutzbaren Anlagen, wie Garagenzufahrten, Müllcontainerplätzen, Lärmschutzdämmen unter Ausschluß der Auseinandersetzung und schließlich der Verzicht auf Einwendungen gegen den Bebauungsplan möglich. Der Phantasie sind in der Realität keine Grenzen gesetzt.

Die übernommenen Verpflichtungen werden dann durch die Bestellung beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten gesichert.

Meist werden im Gefolge solcher Vereinbarungen auch gleich Fragen der Erschließung geregelt. Üblich ist die Vorauszahlung der Erschließungskosten, ohne daß die Voraussetzungen des § 133 Abs.3 bereits vorliegen.

Außerdem wird verschiedentlich auch ein sogenannter "Infrastrukturkostenbeitrag" erhoben, was nichts anderes als den Abschluß eines Folgekostenvertrages bedeutet.

Weitverbreitet ist es auch, entgegen der Regelung des § 78 die Verfahrenskosten den Eigentümern statt der Gemeinde aufzuerlegen.

131) Vgl. a.: Gestaltungsqualität

Und vereinzelt hat sogar eine Schiedsgerichtsklausel Eingang in einen Umlegungsvertrag gefunden.

Die aufgezählten Beispiele sollen einen Begriff von der Vielzahl und Vielfältigkeit der in der kommunalen Praxis benutzten Vertragsregelungen vermitteln, ohne daß der Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden kann.

3. Die Einschaltung privatwirtschaftlicher Verfahrensträger

Vereinzelt schon in den 60er Jahren, in jüngster Zeit aber mehr und mehr, wird die Einschaltung sogenannter Verfahrensträger praktiziert. Meist handelt es sich dabei um gemeinnützige Wohnungsunternehmen mit besonderer Zielsetzung. Diese Unternehmen bieten den Gemeinden die Übernahme aller wesentlichen, im Rahmen der städtebaulichen Planung anfallenden Aufgaben an. Planvorbereitende Analysen, Planaufstellung und Plandurchführung (Bodenordnung und Erschließung), wie auch die Finanzierung werden als Dienstleistung erbracht. Insbesondere umfangreiche ambitionierte Modellvorhaben großer Städte, aber auch die Alltagsumlegung der kleineren Gemeinden werden solchen Unternehmen zur Ausführung übertragen.

a) Verfahren

Rechtstechnisch gesehen beauftragt die Gemeinde den Verfahrensträger mit der Durchführung der Umlegung. Dabei werden die Umlegungsbedingungen durch die Gemeinde vorgegeben. Der Verfahrensträger führt dann die Verhandlungen mit den Eigentümern unter mehr oder weniger starker Beteiligung der Gemeinde bis zur Einigung.

Hat er nicht auch noch die Finanzierung übernommen, so erfolgt allerdings die Übertragung der Einwurfsgrundstücke nach wie vor auf die Gemeinde. Dadurch wird nicht nur die Einbehaltung des Flächenabzugs erleichtert, sondern auch das eben beschriebene Mißtrauen mancher Eigentümer beseitigt.

b) Vor- und Nachteile

Die größere Erfahrung, die personelle und organisatorische Entlastung der Gemeindeverwaltung, wie auch die damit einhergehende Kostenersparnis bringen großen und kleinen Gemeinden gleichermaßen Vorteile.

Bei kleineren Gemeinden kommt hinzu, daß die Verhandlungen zwischen den Eigentümern und den Vertretern des Verfahrensträgers in aller Regel weniger emotionell belastet sind, als dies manchmal bei direkten Verhandlungen mit den Gemeindevertretern der Fall ist. Da sich in Gemeinden dieser Größenordnung Bürger und Verwaltung mit nur geringem Entfremdungsgrad gegenüberstehen, rufen die oftmals unpopulären Verwaltungsentscheidungen u.U. erhebliche Erbitterung bei den Betroffenen hervor, die dann auf die jeweilige Person des Entscheidungsträgers bezogen wird. Bestehen dann noch verwandtschaftliche Beziehungen zwischen einem Entscheidungsträger und einem Betroffenen, können quer durch die Gemeinde Fronten verlaufen, die die Inangriffnahme einer freiwilligen Umlegung wenig erfolgversprechend sein lassen. Für solche Fälle ist die Einschaltung eines "neutralen Dritten" u.U. segensreich.

Was sich auf der einen Seite als Vorteil erweist, kann auf der anderen Seite jedoch auch ein Nachteil sein. Als Ortsfremden ist den Vertretern des Verfahrensträgers diese oder jene örtliche Besonderheit nicht so vertraut. Das für die zu erzielende Einigung so notwendige Eingehen auf die örtlichen und persönlichen Eigenarten mag im einen oder anderen Fall der Gemeindeverwaltung besser gelingen, als dem "fremden" Verfahrensträger. Insbesondere dessen nichtamtliche Eigenschaft kann erhebliche Schwierigkeiten psychologischer Art entstehen lassen. Denn immerhin erfolgen Eigentumsübertragungen in manchen Fällen auf ihn, meist aber zumindest durch ihn als Bevollmächtigten.

Nicht unerwähnt bleiben soll auch ein weiterer Nachteil der Einschaltung eines Verfahrensträgers: Es entstehen zumeist zusätzliche Kosten, die in der Praxis letztlich wieder von den Betroffenen getragen werden müssen. Je nach Vertrags- und Grundstücksumfang kann dies ein Betrag in vierstelliger Größenordnung sein.

D. Zusammenfassung

Im gesetzlichen Verfahren steht dem Vorteil der hoheitlichen Entscheidung von Streitfragen der Nachteil langdauernder Rechtsmittelverfahren gegenüber. Um dies zu vermeiden, greifen viele Gemeinden zu anderen Mitteln. Als einfachste Möglichkeit wird das Gelände im künftigen Baugebiet aufgekauft und nach Neuaufteilung wieder verkauft. Dieses Verfahren setzt allerdings das Bestehen gewisser Rahmenbedingungen voraus und bindet außerdem in hohem Maße Finanzkraft der Gemeinde. Deshalb gehen mehr und mehr Gemeinden dazu über, die Umlegungen als sogenannte freiwillige Umlegungen durchzuführen. Hier werden die notwendigen Maßnahmen im Wege vertraglicher Einigung herbeigeführt, was jedoch u.U. erhebliche Anstrengungen bei der Verhandlung mit den Betroffenen erfordert. Ist die Einigung einmal erreicht, resultiert daraus nicht nur eine beschleunigte Durchführung der Umlegung, sondern auch die Möglichkeit, gleichzeitig eine Vielzahl städtebaulich und baurechtlich relevanter Fragen mitzulösen. Außerdem wird durch einen über das gesetzliche Maß hinausgehenden Flächenbeitrag der kommunale Baulandvorrat aufgestockt, was zum einen mäßigend auf die örtliche Preisentwicklung wirken kann und zum anderen aber auch als Mittel zur Förderung des Sozialwohnungsbaus eingesetzt wird ("Stuttgarter Modell").

DRITTES KAPITEL

Die allgemeine Zulässigkeit der freiwilligen Umlegung

A. Einleitung und methodische Vorbemerkung

I. Einleitung

Bevor die Zugehörigkeit des Umlegungsvertrags zum öffentlichen oder zum Privatrecht (Viertes Kapitel) und Fragen seiner inhaltlichen Ausgestaltung im einzelnen (Fünftes Kapitel) untersucht werden können, ist zu klären, inwieweit ein Umlegungsverfahren, das von der gesetzlichen Regelung des Bundesbaugesetzes abweicht, rechtlich überhaupt zulässig ist.

Möglicherweise liegt hier nämlich eine abschließende gesetzliche Regelung vor. Insbesondere wenn man von der heute gültigen Auffassung von der Funktion eines Gesetzes im Rechtsstaat ausgeht, könnte das Bestehen einer gesetzlichen Regelung eine gewisse Vermutung dafür begründen, daß diese auch abschließend gemeint ist. Das Bestreben zur Begrenzung der Staatsgewalt hat nämlich in immer größerem Maße zu einer gesetzmäßigen Organisation staatlichen Handelns geführt. Genügte es früher, daß "die Obrigkeit" in den Schranken der Gesetze handelte, bedarf es heute - zumindest im Bereich der Eingriffsverwaltung - regelmäßig der gesetzlichen Ermächtigung. Der effektive Schutz vor dem Mißbrauch staatlicher Macht wird durch weitgehende Planung der staatlichen Verhaltensweisen mittels gesetzlicher Vorgaben erreicht. Dieser planenden Gesetzesfunktion würde der Anwender aber am ehesten dadurch gerecht, daß er mit dem Gesetz formal, "positivistisch" umgeht[132]. Beim Vorliegen entsprechender Sachverhalte wäre das bestehende

132) Pawlowski Rn. 649

Gesetz - und nur dieses - anzuwenden. Über die Reglementierung staatlicher Gewalt hinaus hätte dies den Vorteil, daß damit gleichzeitig die Garantie größtmöglicher Gerechtigkeit im Sinne von "Gleichbehandlung von Gleichem"[133] gegeben wäre.

In concreto würde eine solche Vermutung dadurch gestützt, daß die Umlegungsregeln des Bundesbaugesetzes zum einen eine relativ differenzierte Ausgestaltung erfahren haben und zum anderen es sich überwiegend um Verfahrensvorschriften handelt. Die Differenziertheit der gesetzlichen Regelung könnte als Indiz für die eingehende Analyse und ausgewogene Berücksichtigung der beteiligten Interessen durch den Gesetzgeber verstanden werden. Der überwiegend verfahrensrechtiche Charakter der Vorschriften dient möglicherweise der optimalen Berücksichtigung aller betroffenen Interessen. Sollte sich also im Laufe der Untersuchung zeigen, daß dieser optimale Interessenausgleich nur bei der Einhaltung der gesetzlichen Verfahrensweise möglich ist, so wäre dies ein gewichtiges Argument für den abschließenden Charakter der §§ 45 ff. Finden demgegenüber auch bei der freiwilligen Umlegung die beteiligten Interessen angemessene Berücksichtigung, müßte die erwähnte Vermutung als widerlegt gelten.

II. Methodische Vorbemerkung

Rechtssprechung und Lehre schweigen zur angesprochenen Problematik oder übergehen sie in apodiktischer Weise - allerdings ausschließlich mit dem Ergebnis der Zulässigkeit anderweitiger Verfahrensweisen[134].

Die folgende Untersuchung hat sich daher selbständig, auf der Grundlage allgemeiner Rechtsfindungsmethoden mit der gestellten Frage auseinanderzusetzen. Dazu vorab einige methodische Vor-

133) Pawlowski, Rn. 525 - 528

134) Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Vorb. zu §§ 45 - 84, I 1, Rn.1; § 46 II Rn. 5; § 79 I Rn.2,9; Schütz/Frohberg, Vorb. vor §§ 45 ff II 4; Schlichter/Stich/Tittel § 45 Rn.1, § 46 Rn.9; Baumeister, L. § 46 Rn.12; Brügelmann/Stahnke Einf.IV I.3; § 45 1.c); § 46 4.a) bb), 4.c); § 79 6.; Dittus; Geißler; Ullrich, Stichwort: Zulässigkeit der Umlegung; VGH Mannheim, Beschluß vom

bemerkungen. Sie sollen die Gewichtung der folgenden Einzelergebnisse verdeutlichen.

Das klassische Mittel zur Feststellung möglicher Gesetzesinhalte ist die Auslegung mit ihren unterschiedlichen Ansatzpunkten. Zu nennen ist die am Wortlaut und an der Gesetzessystematik orientierte Auslegung, die Berücksichtigung der Gesetzgebungsgeschichte, die Einbeziehung der zum konkreten Gesetz hinführenden historischen Entwicklung und die genaue Untersuchung des Gesetzeszwecks - die sogenannte teleologische Interpretation. Es sei an dieser Stelle bereits angemerkt, daß sicher nur der letztere Aspekt - bei einer im übrigen der zeitgenössischen Wertungsjurisprudenz verpflichteten Betrachtungsweise und in Verbindung mit den Ergebnissen der erstgenannten Auslegungsansätze - zu wirklich tragfähigen Resultaten führen wird. Denn der Wortlaut einer Vorschrift hindert bekanntlich kein Obergericht an gegenteiliger Auslegung, wenn es der Rechtsfortbildung dient. Die Gesetzessystematik kann auf bloßem gesetzestechnischem Zufall beruhen und die Bedeutung der Gesetzgebungsgeschichte - und damit der sogenannte "Wille des Gesetzgebers" - kann im Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegungsmethode untergehen. Und schließlich bietet auch die rein historische Betrachtung keine sichere Grundlage für eine Entscheidung. Denn die geschichtlichen Rahmenbedingungen wechseln und damit auch ihre Bewertung in der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhaltes. Gleichwohl erscheint es nicht völlig sinnlos, die verschiedenen Aspekte zu berücksichtigen. Bereits hierdurch können nämlich Ansatzpunkte für eine gewisse Tendenz des Gesetzes deutlich werden, der dann bei der endgültigen, wertenden Entscheidung bestärkender bzw. zweifelaufwerfender Einfluß zukommt.

25.2.1975, BWGZ 1976, 166; Urteil vom 14.11.1979 - II 3978/78 - (nicht veröffentlicht); OVG Saarland, Urteil vom 10.11.1972, BRS 25,50; BGH Urteil vom 2.4.1981, EBE 1981, 186; und die gesamte, anläßlich stattgehabter freiwilliger Umlegungen erschienene Aufsatzliteratur - s.Fn. 125

B. Die Auslegung der gesetzlichen Regelung des Bundesbaugesetzes

I. Wortauslegung

Bei der Durchsicht der Umlegungsnormen des Vierten Teils des Bundesbaugesetzes fallen drei Vorschriften ins Auge, die vorliegend von Bedeutung sein könnten: § 45 Abs.1, § 46 Abs.1 und § 79.

1. § 45 Abs.1

§ 45 Abs.1 hat folgenden Wortlaut:

"Zweck der Umlegung

(1) Im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes im Sinne des § 30 können zur Erschließung oder Neugestaltung bestimmter Gebiete bebaute und unbebaute Grundstücke durch Umlegung in der Weise neu geordnet werden, daß nach Lage, Form und Größe für die bauliche oder sonstige Nutzung zweckmäßig gestaltete Grundstücke entstehen."

Die Formulierung "... k ö n n e n ... durch Umlegung ... neu geordnet werden, ..." eröffnet folgende Interpretationsmöglichkeiten:

- Die näher bezeichneten Gebiete können durch Umlegung (im Sinne des Bundesbaugesetzes) o d e r d u r c h a n d e r e g e e i g n e t e V e r f a h r e n s w e i s e n baulich erschlossen werden. Das Wort "können" würde damit die Wahl des Mittels freistellen und § 45 Abs.1 würde mit der Umlegung im Sinne des Bundesbaugesetzes lediglich e i n Mittel von mehreren möglichen aufzeigen[135].

- Mit derselben Berechtigung könnte jedoch auch vertreten werden, das Wort "können" bringe zum Ausdruck, daß selbstverständlich keine Umlegung durchgeführt werden m u ß, wenn sie nicht e r f o r d e r l i c h ist! Die Formulierung des § 45 Abs.1 würde damit Bezug auf § 46 Abs.1 und die darin aufgestellten Voraussetzungen für die Einleitung eines Umlegungsverfahrens nehmen[136]. "Können" wäre dann ein Hinweis auf

135) Schütz/Frohberg § 45 Anm. 2
136) Brügelmann/Stahnke § 45 Anm. 1 c)

die Entscheidungsbefugnis der Gemeinde: Sie k a n n - wenn es erforderlich ist - durch Umlegung im Sinne des Bundesbaugesetzes ein Gebiet neu ordnen. Allerdings würde diese Interpretation die zuerst genannte nicht ausschließen. Denn hätte der Gesetzesverfasser wirklich nur die gedankliche Verbindung zu den Voraussetzungen der Umlegung im Auge gehabt, hätte er sich eindeutiger ausdrücken können. Dies wäre auch notwendig gewesen, da der Gebrauch des Wortes "können" als Hinweis auf ein gemeindliches Ermessen bei der Einleitung der Umlegung mißverstanden werden könnte. Ein solches besteht nämlich bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nicht, wie ein Blick auf § 46 Abs.1 zeigt[137].

- Es scheint daher auch naheliegender zu sein, beiden Interpretationsmöglichkeiten nebeneinander Raum zu geben. "Können" verweist somit zum einen auf die Voraussetzungen des § 46 Abs.1 und zum anderen eröffnet es die Wahl zwischen verschiedenen Mitteln im oben beschriebenen Sinn[138]. Jedoch kann aus der Wahlmöglichkeit allein noch nicht gefolgert werden, daß diese auch nicht gesetzlich geregelte Verfahrensweisen wie die freiwillige Umlegung erfaßt. Das Bundesbaugesetz hält nämlich neben der Umlegung noch weitere Mittel zur Bodenordnung bereit: Die Grenzregelung und in gewissem Sinn auch die Enteignung. Es ist somit durchaus möglich, daß zwar im obigen Sinn eine Wahlmöglichkeit besteht, die Gegenstände der Wahl aber auf die gesetzlich vorgesehenen Institute beschränkt sind.

Diese Mehrdeutigkeit des § 45 Abs.1 bietet somit keine Hilfe für das zu lösende Problem.

137) Mißverständlich insoweit: Schlez § 45 Rn. 21
138) Ebenso: Schütz/Frohberg § 45 Anm. 2

2. § 46 Abs.1

In § 46 Abs.1 heißt es:

"Zuständigkeit und Voraussetzungen

(1) Die Umlegung ist von der Gemeinde (Umlegungsstelle)in eigener Verantwortung anzuordnen und durchzuführen, wenn und sobald sie zur Verwirklichung eines Bebauungsplanes erforderlich ist."

Die interessierende Wortpassage ist hier: "... i s t von der Gemeinde ... anzuordnen und durchzuführen, wenn und sobald sie ... e r f o r d e r l i c h ist."

Aufgrund dieses Wortlauts könnte etwa folgendermaßen argumentiert werden: Der Terminus "erforderlich" weist auf die zeitlichen und sonstigen Bedingungen hin, die gegeben sein müssen, damit eine Umlegung eingeleitet werden kann. Dem ersten Satzteil "... i s t von der Gemeinde ... anzuordnen und durchzuführen ..." kommt dabei die Funktion eines Gesetzesbefehls zu, der außerdem der Gemeinde die ausschließliche Zuständigkeit zuweist. Da es sich nun bei der Feststellung der "Erforderlichkeit" um keine Frage der Ermessensausübung handelt[139], hat das objektive Vorliegen der diversen Bedingungen zur zwingenden Folge, daß die Gemeinde eine Umlegung einleiten muß!

Zwar ließe sich dagegen anführen, daß § 46 Abs.1 lediglich von den V o r a u s s e t z u n g e n der Umlegung und der Z u s t ä n d i g k e i t zu ihrer Durchführung handelt, nicht aber auch eine Aussage über das dabei zu beachtende Verfahren trifft. Es wäre danach also noch offen, ob die Umlegung nach den §§ 45 ff einzuleiten ist, oder ob auch z.B. eine freiwillige Umlegung durchgeführt werden kann.

Ein solches Verständnis würde § 46 Abs.1 jedoch eine übergeordnete Funktion zuweisen, die sich im Hinblick auf den systematischen Zusammenhang der Vorschrift mit den übrigen Umlegungsregeln des Bundesbaugesetzes nicht halten läßt. Sie regelt ersichtlich Zuständigkeit und Voraussetzungen nur i n n e r h a l b des im fortlaufenden Gesetzestext beschriebenen Umlegungsverfahrens. Sie stellt aber keine für alle möglichen Bodenordnungsverfahren geltende Oberregel dar.

139) Ernst/Zinkahn/Bielenberg § 46 Rn. 4

Da der Gemeinde damit letzlich kein Spielraum mehr verbliebe, erwiesen sich die Regeln des Bundesbaugesetzes als ausschließlich anwendbar.

Allerdings eröffnet das Merkmal der "Erforderlichkeit" noch eine andere Auslegungsmöglichkeit. Diese Voraussetzung der Umlegung deutet nämlich auf das rechtsstaatlich begründete Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Mittel hin. Danach ist bekanntlich bei jedem staatlichen Eingriff dasjenige Mittel vorzuziehen, das für den betroffenen Bürger die geringsmögliche Beeinträchtigung seiner Rechtsposition bedeutet. Das in diesem Sinne mildeste Mittel findet zweifellos dann Anwendung, wenn k e i n einseitiger, hoheitlicher Eingriff erfolgt, sondern über eine alternative Verfahrensweise Vereinbarungen zwischen allen Beteiligten getroffen werden. Erforderlich im Sinne des Gesetzes wäre eine Umlegung daher nur, wenn ihre Ziele nicht anderweitig verwirklicht werden könnten, insbesondere also durch eine freiwillige Umlegung.

Diese Sichtweise entspricht der einhelligen Auffassung in Literatur- und Rechtssprechung[140]. Dem daraus gezogenen Schluß, daß sich bereits aus dem Wortlaut des § 46 Abs.1 der nicht abschließende Charakter des Umlegungsrechts des Bundesbaugesetzes ergebe, muß jedoch mit Vorsicht begegnet werden. Hinter ihm verbirgt sich nämlich ein Zirkelschluß. Denn indem die freiwillige Umlegung als unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten mildestes Mittel eingeführt wird, wird gleichzeitig deren Zulässigkeit unterstellt, anstatt sie zu prüfen[141].

Desweiteren kann das Verhältnismäßigkeitsargument durchaus seine Berechtigung haben, ohne daß deshalb der Schluß auf die Zulässigkeit alternativer, außergesetzlicher Verfahrensweisen zwingend wäre. Denn wie bereits oben erwähnt, steht auch die Grenzregelung als weiteres gesetzliches Instrument der Bodenneuordnung zur Verfügung. Und sie wäre gegenüber der Umlegung sicher als ein

140) Ernst/Zinkahn/Bielenberg § 46 Rn.5; Dittus, 1187; Schlichter/Stich/Tittel § 45 Rn.1; § 46 Rn.9; Baumeister, L. § 46 Rn.12; Brügelmann/Stahnke § 45 1.c), § 46 4.a) bb); Ullrich aaO. (Fn.134); VGH Mannheim aaO. (Fn. 134); BGH aaO. (Fn.134)

141) Dies läßt Rößling aaO. (Fn.125) außer acht.

ebenfalls milderes Mittel anzusehen.

Somit ermöglicht auch der Wortlaut des § 46 Abs.1 keine gültige Aussage über die Ausschließlichkeit der Umlegungsregeln im Bundesbaugesetz.

3. § 79 Abs.1 S.1, 1.Hs.

§ 79 Abs.1 S.1, 1.Hs. schreibt vor:

"Gebühren-, Auslagen- und Abgabenbefreiung

(1) Geschäfte und Verhandlungen, die der Durchführung oder Vermeidung der Umlegung dienen einschließlich der Berichtigung der öffentlichen Bücher, sind frei von Gebühren, Auslagen und sonstigen Abgaben;..."

Entscheidend wäre hier der Hinweis auf diejenigen Geschäfte und Verhandlungen, die der Vermeidung der Umlegung dienen. Da es sich bei den so bezeichneten Geschäften und Verhandlungen nur um solche handeln kann, die dieselbe Zielsetzung wie die gesetzliche Umlegung verfolgen, nämlich Schaffung bebaubarer Grundstücke in Verfolgung des Bebauungsplanes, können nur andere Bodenneuordnungsverfahren gemeint sein.

Als gesetzlich geregelt wurden bereits oben Enteignung und Grenzregelung genannt. Ob die Enteignung als ein Verfahren zur Vermeidung der Umlegung im Sinne des § 79 Abs.1 angesehen werden kann, muß bezweifelt werden, da es schwerlich mit der oben vorgenommenen Interpretation des § 46 Abs.1 - Stichwort: "Erforderlichkeit"-übereinstimmen würde, wenn die Gemeinde statt einer Umlegung sämtliche Grundstücke enteignen würde, um sie dann anschließend neu zu ordnen. Denn die Enteignung stellt gegenüber der Umlegung stets den gravierenderen Eingriff dar[142)].

Und auch die Grenzregelung im Sinne des Bundesbaugesetzes dürfte nicht als Maßnahme gemeint sein, in deren Folge die Gebühren-, Auslagen- und Abgabenbefreiung eintreten soll. Denn durch die Regelung des § 79 Abs.1 soll vermieden werden, daß ein

142) Ernst/Zinkahn/Bielenberg § 46 Rn.5; § 45 Rn.13

förmliches Verfahren eingeleitet werden muß, um Kostenfreiheit zu erlangen[143]. Das Grenzregelungsverfahren ist aber selbst ein förmliches Verfahren, das eine eigene Kostenbefreiungsregelung hat (§ 84 Abs.2) und kommt daher für den Tatbestand des § 79 Abs.1 nicht in Frage.

Es ist deshalb der Schluß erlaubt, daß bereits von Gesetzes wegen dritte Wege zur Erlangung bebaubarer Grundstücke ins Auge gefaßt worden sind, die keine gesetzliche Regelung gefunden haben. Verfrüht wäre es aber, bereits an dieser Stelle von einer ausdrücklichen gesetzlichen Tolerierung der hier zur Diskussion stehenden freiwilligen Umlegung zu sprechen. Denn die gesetzliche Intention könnte sich auch durchaus darin erschöpfen, kleineren Grundstückstauschgeschäften zwischen Nachbarn Kostenfreiheit verschaffen zu wollen[144]. Es ist denkbar, wenn nicht sogar wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber derart umfassende Verfahren, wie sie heute unter dem Stichwort "freiwillige Umlegung" praktiziert werden, noch nicht im Auge hatte.

4. Zusammenfassung

Die Wortauslegung der einzig in Betracht kommenden Vorschriften der §§ 45 Abs.1, 46 Abs.1 und 79 Abs.1 erlaubt keine eindeutige und zwingende Aussage über den abschließenden oder nicht abschließenden Charakter der Umlegungsregelung im Bundesbaugesetz. Allerdings deutet die Formulierung des § 79 Abs.1 S.1, 1. Hs. darauf hin, daß das Gesetz selbst von der Berechtigung anderweitiger Verfahrensweisen ausgeht, wenngleich auch daran gezweifelt werden muß, ob damit auch so umfangreiche Unternehmungen wie die freiwillige Umlegung gemeint sind.

143) BT-DrS. 3/336,82

144) So im Ergebnis auch Baur, Festschrift, 79; diesen Schluß legt auch z.B. die Begründung nahe, die dem Erlaß des baden-württembergischen Finanzministeriums vom 2.5.1962 zur grunderwerbssteuerlichen Vergünstigung bei freiwilligen Baulandumlegungen (Staatsanzeiger von Baden-Württemberg) zugrunde liegt: Das Beispiel, das zur Illustration des von dem Erlaß Gewollten gewählt wurde, ist eine kleinere Tauschaktion über Grundstücksteilflächen.

II. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung ist im vorliegenden Fall nicht geeignet, die Problemlösung voranzubringen. Sie dient - bei allen Vorbehalten wegen des Zufalls, dem viele Normen ihre konkrete Stellung im Gesetzeszusammenhang verdanken - in erster Linie der Erforschung des Sinngehalts e i n z e l n e r Vorschriften. Hier kann, indem man deren Lokalisierung im Gesetzestext in Beziehung zur Stellung anderer Regelungen setzt, im einen oder anderen Fall eine Schlußfolgerung gezogen werden. Geht es jedoch - wie vorliegend - darum, die Ausschließlichkeit so umfassender Gesetzesregelungen wie die der Umlegung im Bundesbaugesetz festzustellen, so ist die systematische Untersuchung von begrenztem Aussagewert.

Die Gliederung des Bundesbaugesetzes läßt zwar eine gewisse Orientierung an der zeitlichen Abfolge der behandelten sujets erkennen, jeder Teil behandelt einen Aspekt der bauplanerischen Problematik. Aber allein dieser zeitliche Bezug rechtfertigt keine Aussage über einen eventuellen abschließenden Charakter der Umlegungsregeln.

Und auch die Aufteilung des Vierten Teils in die Abschnitte "Umlegung" und "Grenzregelung" bietet keinen Anhaltspunkt. Denn hieraus ist nur zu entnehmen, daß die Umlegung nicht das einzige gesetzlich vorgesehene Mittel der Bodenneuordnung ist. Das ist aber nicht die Frage, deren Beantwortung zur Diskussion steht. Denn es geht ja vorliegend nicht darum, ob die Umlegung die einzig zulässige Form der Bodenneuordnung ist, sondern ob sie in genau der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensweise ablaufen muß.

Da es sich bei den § 45 ff im wesentlichen um Verfahrensvorschriften handelt, sie damit sozusagen Teil eines geschlossenen Systems sind, ist auch die Untersuchung des systematischen Verhältnisses einzelner Vorschriften zueinander wenig sinnvoll, um Antwort auf die Frage nach der Ausschließlichkeit des gesamten Systems zu erhalten.

III. Die Gesetzgebungsgeschichte

1. Die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zu § 72 (heute § 79)

Oftmals geben die Materialien der Gesetzgebungsgeschichte Hinweise darauf, wie eine bestimmte gesetzliche Regelung verstanden werden sollte. Durchforstet man allerdings die stenographischen Berichte und Drucksachen zu den einschlägigen Beratungen des Parlaments über den Regierungsentwurf von 1958, einschließlich der in der zweiten Wahlperiode vorausgegangenen und gescheiterten zwei Gesetzentwürfe von 1953 und 1956[145], so stößt man lediglich in Drucksache 336, der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf 1958, auf die Anmerkung zu § 72 - dem heutigen § 79 - wo es heißt: " Bei der Ausdehnung der Befreiung auch auf die der Vermeidung der Umlegung dienenden Geschäfte und Verhandlungen ist an e i n f a c h e F ä l l e gedacht (Hervorhebung nicht im Original), in denen ohne Einleitung eines förmlichen Umlegungsverfahrens von den beteiligten Grundstückseigentümern auf freiwilliger Basis die Grundstücksneuordnung durchgeführt werden kann. Eine solche Neuordnung außerhalb des Umlegungsverfahrens wird erfahrungsgemäß ohne die Ausdehnung der Befreiungsvorschrift scheitern. Die Regelung wird daher in vielen Fällen ein förmliches Umlegungsverfahren entbehrlich machen und zur Entlastung der Verwaltung beitragen."[146]

Es muß bezweifelt werden, ob der Gesetzgeber hier bereits Umlegungsverfahren in einem Umfang, wie sie heute vielfach praktiziert werden, im Auge hatte. Es ist ja auch nur die Rede von "einfachen Fällen". Immerhin gibt diese Stelle zu erkennen, daß der Gesetzgeber nicht von der Regelung des Bundesbaugesetzes als einzig zulässiger Verfahrensweise ausging.

145) BT-Prot. 2/114.Sitz., 6125; 2/183.Sitz., 10160; BT-DrS. 2/1813; 2/3028; BT-Prot. 3/33.Sitz., 1838; 3/114. u. 116. Sitz., 6413, 6454 u. 6634; BT-DrS. 3/336; 3/1794; 3/1861

146) BT-DrS. 3/336,82

2. Die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele

Man muß in diesem Zusammenhang auch die Ziele berücksichtigen, die der Gesetzgeber mit dem Erlaß des Bundesbaugesetzes verfolgte. Hier nennt der damalige Wohnungsbauminister Lücke in seiner Plenarrede vom 20.5.1960[147] unter anderem, aber vorrangig: "1. Schaffung rechtlicher Voraussetzungen und Handhabungen für eine zukunftsweisende Wohnungsbau- und Städtebaupolitik einschließlich der notwendigen Sanierung unserer Gemeinden und Städte ..."[148]

Nicht daß man bis dahin Baupolitik ganz ohne Rechtsgrundlagen betrieben hätte. Ganz im Gegenteil: Im Lande Nordrhein-Westfalen hatten die Bauaufsichtsbehörden im Jahre 1953 sage und schreibe 549 Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften zu beachten[149]! Die bundesweite Rechtsvereinheitlichung stand somit bei den gesetzgeberischen Bemühungen um ein Bundesbaugesetz im Vordergrund. Gleichzeitig sollten die Erfahrungen der Länder mit ihren rechtlichen Instrumentarien für die oben zitierte Zielsetzung fruchtbar gemacht werden.

Was nun die Umlegung betrifft, so wurde sie als Mittel zum Zweck angesehen, d.h. sie sollte dazu dienen, die einer "zukunftsweisenden Wohnungsbau- und Städtebaupolitik" verpflichteten planerischen Vorstellungen der Gemeinden in die Realität umzusetzen. So bezeichnet die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf[150] die Umlegung als "Rechtshandhabe zur Durchführung der Planung". Hierauf und auf dem Zur-Verfügung-Stellen einer praktikablen Verfahrensgestaltung lag der Akzent der gesetzlichen Regelung.

Es könnte also aus dem Schweigen des Gesetzgebers zu der hier aufgeworfenen Frage durchaus der Schluß gezogen werden, daß man ganz selbstverständlich davon ausging, daß neben der gesetzlichen Regelung auch andere Verfahrensweisen zulässig sind. Hätte die

147) 3. Wahlperiode, 116. Sitzung
148) S. 6635 C
149) BT-DrS. 2/1814,66
150) BT-DrS. 3/336

Absicht bestanden, die §§ 45 ff als abschließende Regelung zu konzipieren, so hätte es nahegelegen - und wäre aus der konkreten, im nächsten Abschnitt zu beleuchtenden, historischen Situation des Gesetzgebers 1960 sogar zwingend gewesen - , dies im Gesetz anklingen zu lassen oder doch zumindest im Gesetzgebungsverfahren darüber zu debattieren. Beides ist nicht geschehen. Der Bundesgesetzgeber übernahm die Umlegung in das Bundesbaugesetz als ein Mittel zur Bodenneuordnung, wie es in den Ländergesetzen schon seit teilweise fast 100 Jahren bekannt war. Ohne dem folgenden Abschnitt, der sich mit der historischen Auslegung befassen wird, vorgreifen zu wollen, kann doch festgehalten werden, daß zumindest unter der Geltung der Ländergesetze von einer Parallelität von gesetzlichen und freiwilligen Bodenneuordnungsmaßnahmen auszugehen ist. Einzelne Gesetze drängten von ihrer Konzeption her geradezu die Eigentümer zu einer freiwilligen Lösung, indem sie das gesetzliche Verfahren relativ unangenehm ausgestalteten[151].

Es spricht daher vieles dafür, daß zumindest nach dem Willen des Gesetzgebers 1960 durch die Normierung der Umlegung im Bundesbaugesetz anderweitige Lösungen nicht ausgeschlossen werden sollten.

3. Subjektive oder objektive Methode?

In der vorstehenden Aussage steckt aber auch bereits die Einschränkung, die diesbezüglich zu machen ist. Es ist nämlich durchaus fraglich, ob es bei der Auslegung eines Gesetzes auf die Intention zum Zeitpunkt seines Erlasses, also den sogenannten Willen des historischen Gesetzgebers, ankommt, oder ob es nicht aus der aktuellen Funktion, die es h e u t e erfüllt, zu erklären ist.

Alle Gesetze sind Ausdruck der Wertvorstellungen, die bei ihrem Erlaß vorherrschten. Und da sich diese Wertvorstellungen mit dem allgemeinen Wandel der politischen und sozialen Anschauungen ändern, ist die Entscheidung für die eine oder die andere Möglichkeit

151) Z.B. bei der Mainzer Stadterweiterung von 1875 und in der hessischen Bauordnung von 1891, s. Erstes Kapitel, C IV. 2. c)

oft von fundamentaler Bedeutung. Denn ob bei der Interpretation eines Gesetzes die Realität der gesellschaftlichen und sozialen Verhältnisse der Gegenwart berücksichtigt werden können, oder ob nur der Wille des historischen Gesetzgebers maßgeblich sein soll, kann einen entscheidenden rechtspolitischen Unterschied in der Rechtsanwendung bedeuten.

Speziell in der Bau- und Bodengesetzgebung wird dies besonders deutlich: "Der Städtebau ist stets Ausdruck seiner Zeit, und daher sind baurechtliche Gesetze in einem besonderen Maße und stärker als manche andere Gesetze den geistigen Grundströmungen ihrer Entstehungszeit unterworfen."[152)]

Berücksichtigt man die erhebliche gesellschaftspolitische Relevanz dieses Rechtsgebietes, so wird leicht erkennbar, wie sehr - je nach Standort - die Auslegungsergebnisse differieren können.

Es ist hier nun sicher nicht der Ort, diese über das rein Methodische hinausgehende Problematik zu vertiefen oder gar zu entscheiden. Es soll für die vorliegend verfolgten Ziele genügen, Zweifel an der definitiven Aussagekraft einer Auslegung zu wecken, die sich lediglich an den Zwecken des historischen Gesetzgebers orientieren will. Darüberhinaus ist eine Entscheidung u.U. auch entbehrlich, wenn sich nämlich bei der im Rahmen des übernächsten Abschnitts zu behandelnden Auslegung unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Funktion des Gesetzes die endgültige Zulässigkeit alternativer Verfahrensweisen ergeben sollte.

Ebenso, wenn man mit Larenz[153)] davon ausgeht, daß weder die eine, noch die andere Methode zutreffende Ergebnisse zu liefern imstande ist. Nach Larenz muß der "normative Sinn des Gesetzes" - das ist das Resultat der gegenwartsbezogenen Auslegung - stets in Beziehung zu dem Willen des historischen Gesetzgebers gesetzt werden. Das bedeutet, daß eine Auslegung, die von dem erklärten

152) Zitat des Abgeordneten Jacobi aus der Begründung des von der Hauptkommission für die Baugesetzgebung beim Bundesministerium für Wohnungsbau vorgelegten Entwurfs für ein Baugesetz BT-Prot. 3/116. Sitz., 6636 D

153) Methodenlehre, 305 Fn.15 unter Bezugnahme auf Betti

Willen des historischen Gesetzgebers abweichen will, dies unter Darlegung der maßgeblichen Änderungen zu begründen hat. Auch dann besitzt der obengefundene Hinweis auf die mutmaßlichen Absichten des Gesetzgebers nur beschränkten Aussagewert, solange er nicht durch eine eingehende Analyse der möglichen gegenwärtigen Funktionen des Gesetzes in die eine oder andere Richtung ergänzt wird.

Es ist in diesem eingeschränkten Sinn somit lediglich festzuhalten, daß bei Anwendung der subjektiven Auslegungsmethode ein deutliches Anzeichen dafür spricht, daß der Gesetzgeber des Bundesbaugesetzes 1960 von einer Umlegungsmöglichkeit auch außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Formen ausgegangen ist.

IV. Historische Auslegung

Die historische Entwicklung zur heutigen gesetzlichen Regelung wurde bereits ausführlich im Ersten Kapitel dargestellt. Es sollen hier lediglich die Punkte nochmals herausgegriffen werden, die für das Verständnis des folgenden Gedankenganges notwendig sind.

1. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Ersten Kapitels

Mit dem zunehmenden Städtewachstum im 19. Jahrhundert wurden die Kommunen bei den erforderlichen Stadterweiterungen in immer umfassenderer Weise mit den schlecht bebaubaren, landwirtschaftlichen Grundstücken des Stadtumfelds konfrontiert. Die Notwendigkeit, solche Grundstücke baureif zu machen, führte bei mangelnder Einigung der Eigentümer vereinzelt zum Rückgriff auf das bekannte Instrumentarium der landwirtschaftlichen Flurbereinigung. Überwiegend war man jedoch auf den guten Willen der Beteiligten angewiesen, was bei fortschreitender Expansion der Städte mehr und mehr als Mangel empfunden wurde. Eine sinnvolle Stadtplanung bedurfte eben auch der entsprechenden Mittel zu ihrer Durchsetzung, wenn sie nicht Makulatur bleiben sollte. Aufgrund des herrschenden Verständnisses vom Inhalt des Eigentums scheute man

jedoch vor einer konsequenten Anordnung des Zwangs gegen nicht mitwirkungsbereite Beteiligte zurück. Man zog es zunächst vor, mittelbaren Druck in Richtung auf eine gütliche Einigung auszuüben, indem man z.B. bei ungünstig gestalteten Grundstücken die Baugenehmigung versagte[154]. Und auch wo man zu härteren Eingriffen bereit war (Enteignung), war ihre Anwendung oftmals vom Scheitern einer gütlichen Einigung abhängig[155].

Je mehr man jedoch die überragende Bedeutung einer geordneten Planung für die ausufernden Städte erkannte, desto weniger konnte man sich auch der Erkenntnis verschließen, daß allein das Vertrauen in den konstruktiven Willen der Grundeigentümer nicht genügte. So vollzog sich nach und nach seit Ende des 19. Jahrhunderts der Wandel hin zum Offizialprinzip, nach dem die Gemeinden auch von Amts wegen die Umlegung anordnen konnten.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts ergaben sich auf Länderebene einige Novellierungen der bestehenden Umlegungsgesetze. Diese beschäftigten sich jedoch überwiegend nur noch mit dem Problem der zweckmäßigsten Ausgestaltung des Umlegungsverfahrens; die Frage der Zulässigkeit der obrigkeitlich angeordneten Umlegung konnte als erledigt betrachtet werden.

Ihren Höhepunkt fand diese Entwicklung schließlich 1960 mit dem Erlaß des bundeseinheitlichen Umlegungsrechts im Bundesbaugesetz, das weitgehend auf den langjährigen Erfahrungen der Länder mit ihrer Umlegungsgesetzgebung beruhte.

2. Folgerungen

Die historische Entwicklung der Umlegung zeigt, daß die freiwillige Vereinbarung der Beteiligten v o r der gesetzlichen Regelung stand. Zum einen ist das sicher darauf zurückzuführen, daß früher die Durchnormierung des öffentlichen Lebens ganz allgemein nicht in der Weise erforderlich war, wie es das im Laufe der Zeit mit zunehmender Bevölkerungsdichte und technischem Fortschritt wurde.

154) Vgl. das hessische Gesetz betreffend die Erweiterung der Stadt Mainz v. 1875, Art.16
155) Hessische Bauordnung v. 1891, Art. 69

Zum anderen aber läßt sich daraus auch eines schlußfolgern: Wenn sich nicht eindeutig feststellen läßt, daß die gesetzgeberischen Aktivitäten auf dem Gebiet des Umlegungsrechtes den Ausschluß des freiwilligen Verfahrens bezweckten, kann zumindest aus der historischen Entwicklung kein Argument gegen alternative Verfahrensweisen abgeleitet werden. Es kommt also maßgeblich auf die Intentionen an, die mit der Umlegungsgesetzgebung seit ihren Anfängen verfolgt wurden.

Diese waren aber - das hat die Darstellung der Umlegungsgeschichte bereits gezeigt - erkennbar ganz anderer Natur. Es ging niemals darum, Schwächen der freiwilligen Einigung - wenn sie denn stattfand - durch eine gesetzliche Regelung zugunsten der Grundeigentümer auszugleichen. Es war vielmehr von Anfang an die erklärte Absicht, den Kommunen eine Rechtshandhabe zur Durchsetzung einer geordneten Siedlungsentwicklung zu geben, für den Fall, daß die gütliche Absprache zu keinem Ergebnis führte. Gerade die Vorbehalte, die man im 19. Jahrhundert gegen eine gesetzliche Regelung der Umlegung hatte, machen deutlich, daß die amtliche Umlegung nicht zum Schutz der Eigentümer eingeführt wurde, sondern daß sie vielmehr über lange Zeit zum - vermeintlichen - Schutz der Eigentümer n i c h t eingeführt wurde![156)]

Dieses Verständnis hat sich auch bis zum Erlaß des Bundesbaugesetzes nicht geändert. Denn auch hier war - wie im letzten Abschnitt bereits erwähnt wurde - die Schaffung bzw. Erhaltung einer "Rechtshandhabe" für die Gemeinden der Hintergrund der Gesetzgebung[157)]. Für eine gegenteilige Auffassung ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte.

3. Verwertbarkeit

Als ein im Sinne der Einleitung wesentliches Teilergebnis kann festgehalten werden, daß zumindest noch beim Erlaß des Bundes-

156) S.in Preußen die Gesetzgebungsgeschichte von Lex Adickes bis zum Städtebaugesetzentwurf

157) Vgl. die amtliche Begründung des Regierungs-Entwurfs BT-DrS. 3/336

baugesetzes und auch durch dessen Erlaß anderweitige Verfahrensweisen, die der Erreichung des Umlegungsziels dienen, nicht ausgeschlossen waren und wurden.

Jedoch müssen auch bezüglich der Verwendung dieses Ergebnisses der historischen Auslegung Einschränkungen gemacht werden: Allein der Rekurs auf die historische Entwicklung der Umlegung kann als Argument für die Zulässigkeit der freiwilligen Umlegung nicht ausreichen. Denn die Gedankenfolge, daß die ursprünglich allein vorhandene freiwillige Umlegung durch die folgenden gesetzlichen Normierungen der Umlegung nicht ausgeschlossen wurden, vielmehr nur den Zwang gegen Widerstrebende eröffneten und daher auch heute, neben dem Bundesbaugesetz, alternative Verfahrensweisen ohne weiteres möglich sind, gilt nur, wenn sich die dafür maßgeblichen Rahmenbedingungen bis heute nicht geändert haben. Insoweit besteht ein gewisser Bezug zur im letzten Abschnitt behandelten Entscheidung zwischen subjektiver und objektiver Auslegungsmethode. Die endgültige Beantwortung der Leitfrage dieses Kapitels ist somit in den letzten Abschnitt - die teleologische Auslegung - verwiesen.

V. Die teleologische Auslegung

1. Der Stellenwert der teleologischen Auslegung

"Teleologische Auslegung heißt Auslegung gemäß den erkennbaren Zwecken und dem Grundgedanken einer Regelung"[158]. Bereits im einleitenden Abschnitt dieses Kapitels wurde die besondere Bedeutung angesprochen, die dieser Auslegungsmethode für die Feststellung der Gesetzesaussage zukommt. Insbesondere für eine moderne, praxisorientierte Verwaltungsrechtswissenschaft handelt es sich um die wohl wichtigste Interpretationsmethode, da sie ermöglicht, "unter Berücksichtigung des Rechtssystems, der Rechts-

158) Larenz, Methodenlehre, 321

geschichte, des Willens des Gesetzgebers und der - historisch oft gewandelten - sozialen Institution, auf die sich die Regelung bezieht, die in dem Rechtsatz zum Ausdruck gekommenen Bewertungen der beteiligten Interessen" zu ermitteln[159]. Wenn damit auch die Ergebnisse der in den vorigen Abschnitten praktizierten Auslegungsmethoden stets im Auge zu behalten sind, so reicht doch der teleologisch orientierte Blick weit über die bloße Summe dieser Einzelergebnisse hinaus und dient somit in verstärktem Maße der materiellen Gerechtigkeit.

2. Die teleologische Fragestellung

Die Antwort auf die Frage nach dem Zweck einer gesetzlichen Regelung kann sich nicht darauf beschränken, die Absichten des Gesetzes lediglich im finalen Sinn aufzuzeigen. Insoweit wurde bereits oben unter III. dargelegt, daß es dem Gesetzgeber um die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage für die Gemeinden zur Durchsetzung ihrer planerischen Konzeption ging. Dies kann auch heute noch als die Ratio der Regelung des Bundesbaugesetzes akzeptiert werden.

Um aber entscheiden zu können, ob die Tatsache der gesetzlichen Regelung heute eine freiwillige Lösung ausschließt, muß darüberhinaus die in dem Vorschriftenkomplex zum Ausdruck gekommene Interessenbewertung genauer betrachtet werden. Nur dadurch kann festgestellt werden, ob im Rahmen der freiwilligen Umlegung öffentliche oder private Interessen nicht zu verwirklichen sind, die angemessenerweise zu berücksichtigen wären und die auch in das gesetzliche Verfahren Eingang gefunden haben. Dies könnte dann als Anhaltspunkt dafür genommen werden, daß das Gesetz über das Bereithalten einer Ermächtigungsgrundlage hinaus eine Schutzfunktion erfüllt, der sinnvoll nur dann entsprochen werden kann, wenn man freihändige Verfahrensweisen ausschließt.

159) Wolff/Bachof I, 162

3. Die zu berücksichtigenden Interessen

Bei der Untersuchung der beteiligten Interessen sind vereinfacht gesehen drei Interessenkreise zu berücksichtigen: Das Interesse der Gemeinde an der Planungsrealisierung als Ausdruck des öffentlichen Interesses, das Interesse der betroffenen Grundeigentümer an maximaler Bestandserhaltung einerseits und Erhalt baureifer Grundstücke andererseits und schließlich das Interesse Dritter, die zwar keinen unmittelbaren Vorteil aus einer Umlegung erzielen, die aber auch keinen Nachteil erleiden wollen - gemeint sind z.B. Gläubiger von Grundpfandrechten, Dienstbarkeiten usw. Dabei ist nicht zu verkennen, daß die planerischen Ziele der Gemeinde selbstverständlich auch die Schaffung baureifer Grundstücke und damit einen Aspekt der Eigentümerinteressen mit umfassen. Es besteht insoweit eine Deckung beider Interssenkreise. Gleichwohl ergibt sich aus dem Eingriffsinteresse der Gemeinde einerseits und dem Interesse der Eigentümer - und wohl prinzipiell auch der Drittbeteiligten - an einer Minimierung dieses Eingriffs eine gewisse ausgleichsbedürftige Spannung.

a) Das öffentliche Interesse

Der Erfüllung des öffentlichen Interesses dienen die §§ 45 ff in ihrer Eigenschaft als Eingriffsgrundlage für die Gemeinde. Mit ihrer Hilfe ist sie in der Lage, ihre planerischen Ziele gegenüber den Grundeigentümern durchzusetzen.

aa) Ziel-, nicht mittelorientiert

Eine Durchsicht der einzelnen Vorschriften zeigt, daß der Gemeinde hierzu eine ganze Reihe von Eingriffsbefugnissen eingeräumt wird. Im wesentlichen wären zu nennen: §§ 45, 51, 56 - 58, 59 Abs.6, Abs.7, Abs.8 S.2, 61 Abs.1, 62, 72 Abs.2 und 77. Es bedarf nun aber vorliegend nicht der Untersuchung jeder einzelnen der genannten Vorschriften im Hinblick auf die dahinterstehende Bewertung der öffentlichen Interessen. Mit Ausnahme des § 58, der sicher auch bodenpolitische Zwecke verfolgt und auf den sogleich noch zurückzukommen sein wird, üben bei näherer Betrachtung sämtliche genannten Ermächtigungsnormen lediglich eine Hilfsfunk-

tion im Hinblick auf den Hauptzweck der §§ 45 ff aus. Dieser Hauptzweck ist das in § 45 Abs.1 formulierte Umlegungsziel. Wird dieses Umlegungsziel erreicht, ist gleichzeitig auch das öffentliche Interesse gewahrt bzw. befriedigt[160]. Für die Wahrung des öffentlichen Interesses ist also der eingeschlagene Weg, der Verfahrensablauf, nicht von wesentlicher Bedeutung.

Die §§ 45 ff dienen nicht dazu, der Gemeinde bzw. dem von ihr repräsentierten öffentlichen Interesse einen bestimmten Verfahrensablauf zu garantieren. Eine solche Garantie soll höchstens den Eigentümern und Drittbeteiligten, d.h. also den nichthoheitlichen Beteiligten gegenüber wirken. Da die Gemeinde im Endeffekt immer auf das gesetzlich bereitgehaltene Instrumentarium zurückgreifen kann, bedarf sie keines verfahrensmäßigen Schutzes zur Interessenwahrung. Wie demnach das Umlegungsziel erreicht wird, ist bei im übrigen gesetzmäßiger Verfahrensweise eine Frage der Zweckmäßigkeit. Zweckmäßigkeitserwägungen können aber bei der Beurteilung der rechtlichen Z u l ä s s i g k e i t der freiwilligen Umlegung außer Betracht bleiben.

bb) § 58

§ 58 übt demgegenüber nicht nur wie die übrigen Verfahrensvorschriften eine Hilfsfunktion aus, sondern verfolgt mit seiner Möglichkeit des Flächenabzugs zur Abschöpfung des Umlegungsvorteils eine eigene bodenpolitische Zielsetzung.

Aber auch diese besondere, im öffentlichen Interesse liegende Zielsetzung erfordert keine abweichende Beurteilung. Zum einen ist nämlich die Abschöpfung nach dem Wortlaut des Gesetzes in das Ermessen der Gemeinde (in ihrer Funktion als Umlegungsbeteiligte, nicht als Umlegungsstelle!) gestellt. Sie entscheidet darüber in eigener Verantwortung und ist nicht etwa von Gesetzes wegen dazu verpflichtet. Und zum anderen kann dieser Flächenabzug auch im freiwilligen Verfahren realisiert werden, wie die Praxis zeigt. Wollte man aber unterstellen, daß er im Rahmen einer freiwilligen Umlegung nicht durchsetzbar wäre, so bliebe der Gemeinde doch jederzeit die Möglichkeit offen, zu einem gesetzlichen Verfahren überzugehen.

160) So auch Baur, Festschrift, 80 f

cc) Planungshoheit

Entsprechendes gilt auch für den oft erhobenen Einwand, für die Gemeinde bestehe bei der freiwilligen Umlegung die Gefahr der Aufgabe ihrer Planungshoheit. Damit ist natürlich nicht gemeint, daß die Gemeinde ihre Planungshoheit insgesamt verliert. Es wird damit vielmehr die Gefahr der erhöhten Einflußnahme der betroffenen Eigentümer auf die Planung der Gemeinde angesprochen.

Das freiwillige Verfahren setzt die Einigung aller Beteiligter voraus. Es kommt nun aber immer wieder vor, daß in einem Umlegungsgebiet ein einzelner Eigentümer mit mehreren Grundstücken besonders stark vertreten ist. Diese Tatsache gibt aufgrund des bestehenden Einigungszwangs der Stimme dieses Eigentümers ein besonderes Gewicht. Denn während ein Einzelgrundstück bei mangelndem Einigungswillen bzw. überzogenen Forderungen des Eigentümers in vielen Fällen aus der Umlegung herausgenommen werden kann, dürfte dies bei mehreren Grundstücken desselben Eigentümers, die u.U. über das gesamte Umlegungsgebiet verstreut sind, schon schwerer fallen. Die Gemeinde mag nun in einem solchen Fall eher geneigt sein, die oftmals parallel für das Umlegungsgebiet laufende Bauleitplanung eventuellen Wünschen des besagten Eigentümers in einem höheren Maße anzupassen, als dies im allgemeinen üblich ist.

Der mögliche Schluß, daß daher die freiwillige Umlegung unzulässig sein müsse, da sie die Gefahr einer Preisgabe der gemeindlichen Planungshoheit in sich berge, wäre jedoch verfehlt. Richtig verstandene Planung geschieht stets in eingehender Abstimmung mit den Betroffenen. Sie dient in erster Linie dem Bürger und nicht irgendwelchen abstrakten Zwecken. Ein Eingehen auf die Bedürfnisse und Anliegen der betroffenen Bürger ist daher nicht nur legitim, sondern in vielen Planungsbereichen - insbesondere im Bauplanungsrecht - auch gesetzlich vorgesehen. Deshalb ist aber die grundsätzliche Entscheidungsgewalt des Planungsträgers nicht angetastet. Er stellt unter eingehender Beachtung der berechtigten Interessen der Betroffenen die Ziele der Planung auf und sorgt für ihre Realisierung. Findet in diesem Rahmen das Interesse eines Planungsbeteiligten besondere Berücksichtigung, so läßt sich dagegen solange nichts einwenden, wie dafür sachliche Gründe maßgebend sind und keine willkürliche Benachteiligung anderer Beteiligter damit

verbunden ist.

Geht das Maß der Einflußnahme des Bürgers darüberhinaus, so ist das primär ein Problem der Wahrung der Entscheidungsfreiheit der Gemeinde durch sie selbst. Man muß sich dabei deutlich machen, daß unsere Rechtsordnung die Einflußnahme des Bürgers auf hoheitliche Entscheidungsträger - selbst auf parlamentarischer Ebene - nicht ausschließen will. Der Lobbyismus könnte sogar geradezu als Merkmal unseres demokratisch-parlamentarischen Systems bezeichnet werden. Inwieweit sich der Entscheidungsträger diesem Einfluß unterwirft, muß im Rahmen der Gesetze ihm überlassen bleiben und könnte im konkreten Fall sogar als Ausfluß der Planungshoheit selbst angesehen werden.

Die Möglichkeit der externen Beeinflussung kommunaler Entscheidungsprozesse ist also ein generelles Problem, bei dem es für den Erfolg der Abwehr sicher auch auf die personelle und organisatorische Ausstattung der einzelnen Gemeinde ankommt. Sie ist aber kein Maßstab dafür, was auf Verfahrensebene noch als rechtlich zulässig angesehen werden kann und was nicht. Allenfalls hat sie Auswirkungen für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens, wenn die Einflußnahme im Einzelfall das adäquate Maß überschreitet.

dd) Durchsetzung

Im übrigen bedeutet allein die Existenz der gesetzlichen Umlegungsregeln, daß die öffentlichen Interessen in jedem Fall durchsetzbar sind. Durch die ständig gegebene Möglichkeit, eine gesetzliche Umlegung einzuleiten, ergibt sich ein erhöhter Einigungsdruck im freiwilligen Verfahren.

Sollte es also irgendwelche Interessen geben, deren angemessene Berücksichtigung nur in einem gesetzlich geregelten Verfahren zu garantieren wäre, so müßten diese auf der Seite der Eigentümer oder Drittbetroffenen zu suchen sein.

b) Das Intersse der Grundeigentümer

Ein dem öffentlichen Interesse - zwar nicht zwingend, aber möglicherweise - entgegenstehendes Interesse der Grundeigentümer ist dasjenige an der quantitativen und qualitativen Erhaltung des Grundstücks. Dieses Interesse kann sich auf eventuelle Lagevorteile oder auch auf die Größe des Grundstücks, genauergesagt die Größe des Zuteilungsgrundstücks, beziehen. Sozusagen hilfsweise wird dem Eigentümer auch an einer möglichst hohen Entschädigung für Minderzuteilungen und einer möglichst geringen Aufzahlung für Mehrzuteilungen gelegen sein.

aa) Die Berücksichtigung im gesetzlichen Verfahren

Diese Ziele werden im Gesetz durch verschiedene Vorschriften berücksichtigt.

§ 46 Abs.1 setzt dem gemeindlichen Eingriffsvermögen Grenzen durch die Voraussetzung der "Erforderlichkeit" der Umlegung. Damit wird gesichert, daß der Eigentümer nicht ohne Not in ein Umlegungsverfahren miteinbezogen wird. Der Terminus "erforderlich" verweist, wie bereits oben ausgeführt, auf die gesetzlichen Voraussetzungen der Umlegung, deren Vorliegen erst die Gemeinde zur Einleitung des Verfahrens befugt.

Die absolute Begrenzung des Flächenabzugs in § 58 bewahrt ihn vor einer zu großzügigen Bemessung des Umlegungsvorteils und damit einer zu starken Schmälerung seines Zuteilungsanspruchs.

Letzteren verbürgt § 59, ebenso den Abfindungsanspruch für den Zuteilungsausfall.

§ 60 gewährt ihm Ausgleich für den Entzug baulicher Anlagen, Anpflanzungen und sonstiger Einrichtungen.

§ 78 bürdet als zusätzliche Wohltat die Kostenlast der Gemeinde auf und § 79 gewährt Gebühren-, Auslagen- und Abgabenbefreiung.

Weitere Vorschriften über das Verfahren dienen darüberhinaus der bestmöglichen Verwirklichung der genannten Eigentümerinteressen, wie z.B. die Regelung des zeitlichen Verfahrensablaufes, Bekanntmachungen usw.

Im gesetzlichen Verfahren wird somit die Seite der Eigentümer teils durch eine Beschränkung der Eingriffsbefugnisse der Gemeinde,

teils durch Einräumung gewisser Anspruchsrechte berücksichtigt.

bb) Im freiwilligen Verfahren: Einigungszwang

Im freiwilligen Verfahren dagegen leistet diese Aufgabe der Interessenwahrung das Erfordernis der materiellen Einigung der Beteiligten. Der Zwang, einen Konsens über alle problematischen Fragen herbeiführen zu müssen, ist prinzipiell am ehesten geeignet, einen für alle Betroffenen annehmbaren Interessenausgleich herbeizuführen[161]. Wegen seiner größeren Flexibilität kann dieses Prinzip sogar als dem gesetzlichen überlegen bezeichnet werden, da es besser in der Lage ist, individuelle Interessenbesonderheiten zu berücksichtigen. Als eindrucksvolles Indiz für die Richtigkeit dieser Beurteilung sei auf den fast vollkommenen Mangel an obergerichtlicher Rechtsprechung verwiesen - Ausnahmen bestätigen hier nur die Regel -, was wohl auf das grundsätzlich geringere Konfliktpotential der freiwilligen Umlegung zurückgeführt werden kann[162].

Hier muß man den Einwand gewärtigen, das Einigungsargument verliere dann seinen Wert, wenn die Gemeinde als Vertragspartner aufgrund einer angenommenen oder tatsächlichen Übermacht den Eigentümern Zugeständnisse abhandelt, die zu größeren als den gesetzlich vorgesehenen Belastungen führen. Aus der Praxis der freiwilligen Umlegungen wären hier beispielhaft der über 30 % hinausgehende Flächenabzug bei Entschädigung unter dem Verkehrswert (Stuttgarter Modell) oder die Abwälzung der Verfahrenskosten auf die Eigentümer entgegen § 78 zu nennen. Als gängige Argumentation der Kommune zur Durchsetzung derartiger Mehrbelastungen dient in der Regel der Hinweis auf die sonst auftretenden Finanzierungsschwierigkeiten (Kostenüberwälzung), aber auch auf die sozialen Aufgaben, die zur Erfüllung anstünden (Flächenabzug). Die Quintessenz und gleichzeitig wohl auch der entscheidende Ansatzpunkt der Kritik, ist die Eröffnung der Gemeinde, daß sie eine Umlegung zu diesen Bedingungen oder gar nicht durchführe.

161) Baur, AcP 176,102,

162) Baur, AcP 176,102, schreibt für den vergleichbaren Fall des Enteignungsvertrages, daß sich bei einem Vorgehen nach den gesetzlichen Vorschriften ergebende Spannungen gewissermaßen in das Vorfeld der Vertragsverhandlungen verlegt und einverständlich ausgeglichen werden.

Es wird später noch im einzelnen zu untersuchen sein, inwieweit derartige Mehrbelastungen und das geschilderte Verhalten der Gemeinden rechtlich zulässig sind. An dieser Stelle sei nur hervorgehoben, daß damit Bedenken gegen die Zulässigkeit der freiwilligen Umlegung nicht begründet werden können. Die Rechtswidrigkeit der Belastungen unterstellt, handelte es sich dabei doch um keine Erscheinung, die der freiwilligen Umlegung bereits tendenziell innewohnt und die nur durch Ausschaltung der Möglichkeit einer freiwilligen Umlegung verhindert werden könnte. Und selbst wenn es so wäre, ergäbe sich daraus noch nicht die Notwendigkeit, sie für grundsätzlich unzulässig zu erklären. Vielmehr erwiese sich die erforderliche Konsensbildung immer noch als ein ausreichendes Korrektiv zur Wahrung der Eigentümerinteressen. Denn sollten die Bedingungen der freiwilligen Umlegung wirklich überzogen und nicht durch anderweitige Vorteile ausgeglichen sein, so bliebe es dem einzelnen Eigentümer unbenommen, seine Einwilligung zu versagen. Er hätte dann lediglich die Einschränkungen im gesetzlichen Verfahren zu dulden, bzw. bliebe von der Umlegung gänzlich verschont.

c) Das Interesse Drittbeteiligter

Schließlich stellt sich die Frage der Interessenwahrung sogenannter Drittbeteiligter. Diese sind in entweder dinglicher oder persönlicher Weise an den Grundstücken im Umlegungsgebiet berechtigt.

aa) Die Berücksichtigung im gesetzlichen Verfahren

Das Gesetz regelt diesen Aspekt der Umlegung dadurch, daß es der Umlegungsstelle - in der Regel also der Gemeinde - weitreichende Eingriffsbefugnisse verleiht.

Nach § 61 ist sie befugt, derartige Rechte aufzuheben, zu ändern oder neu zu begründen. Einbußen der Rechtsinhaber sind durch Geld auszugleichen, § 61 Abs.2. Ansonsten stellt § 63 Abs.1 S.1 den Grundsatz auf, daß die zugeteilten Grundstücke hinsichtlich der Rechte an den alten Grundstücken an deren Stelle treten. Verschlechtert sich dadurch die dingliche Sicherheit für einen Pfandgläubiger - was allerdings selten der Fall sein dürfte -, so ist er

insoweit auf den Geldanspruch des Eigentümers angewiesen, den dieser für den Minderwert des Zuteilungsgrundstückes erhält, § 63 Abs.2.

Während der Grundpfandgläubiger in der Regel aufgrund des gestiegenen Grundstückswertes mit einer besser gesicherten Position aus dem gesetzlichen Umlegungsverfahren hervorgeht, wird der Mieter oder Pächter faktisch stärker beeinträchtigt. Denn ihm kann - nach der Regel des § 61 - von seiten der Umlegungsstelle gekündigt werden. Geschieht dies unter Einhaltung der gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfrist, ergeben sich aus der Kündigung nicht einmal Ersatzansprüche. Denn insoweit - so der BGH in einem Urteil vom 27.1.1969[163)] - werden lediglich die dem Rechtsverhältnis von Anfang an innewohnenden privatrechtlichen Grenzen aktualisiert, was zu keiner Entschädigungspflicht führt.

bb) Im freiwilligen Verfahren: Einigungszwang

Das Gesetz räumt den Drittbeteiligten also eine relativ schwache Stellung ein. Das hat natürlich auch Auswirkungen auf die Anforderungen, die im Rahmen eines freiwilligen Umlegungsverfahrens diesbezüglich zu stellen wären. Denn wenn untersucht werden soll, ob die Interessenwahrung Dritter einen Ausschluß der freiwilligen Umlegung notwendig macht, so können an die entsprechenden freiwilligen Regelungsmechanismen keine höheren Maßstäbe angelegt werden, als dies bei der gesetzlichen Umlegung der Fall ist. Dabei zeigt aber schon der nächste Schritt der Untersuchung, daß höhere Maßstäbe durchaus erfüllt werden würden. Denn genau wie bei den Grundeigentümern ist bei der freiwilligen Umlegung das unmittelbare oder mittelbare - zu dieser Differenzierung sogleich - Einverständnis erforderlich. Das stellt aber gegenüber der bloßen Einräumung eines Geldanspruches bei Beeinträchtigung sicher die bessere Garantie der Interessenwahrung dar.

Es stehen zwei gangbare Wege zur Wahl, das Einvernehmen der Betroffenen herzustellen: Entweder man beteiligt die Drittberech-

163) DWW 1969, 290

tigten genauso am Umlegungsverfahren wie die Grundeigentümer. Das hat den Vorteil, daß auf breiter Ebene verhandelt werden kann; gleichzeitig wird dadurch aber die Zahl der Vertragspartner unter Umständen drastisch erhöht, was die notwendige Konsensbildung erschwert. Oder man verpflichtet die Eigentümer zur Beseitigung aller Belastungen auf den Einwurfsgrundstücken, was diese zur privatrechtlichen Einigung mit den Berechtigten zwingt. Gelingt diese Einigung nicht, muß der Eigentümer auf die Teilnahme an der Umlegung verzichten. Unter Umständen kann dadurch die gesamte Umlegung scheitern.

Das ist aber kein entscheidender Einwand, der das freiwillige Umlegungsverfahren als solches unzulässig machen könnte. Denn daß es bei dem Erfordernis der Einigung der Beteiligten zu erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten kommen kann, liegt auf der Hand, ist jedoch unerheblich. Wichtig wäre lediglich, ob die Interessengruppe der Drittbeteiligten des Schutzes der gesetzlichen Regelung bedarf. Das ist aber ersichtlich nicht der Fall.

IV. Der Verhältnismäßigkeitsaspekt

Ein wichtiger Aspekt der teleologischen Auslegung ist die Beurteilung des Auslegungsergebnisses unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten. Das heißt, daß das Resultat der Auslegungstätigkeit immer auch mit den Grundsätzen unserer Verfassung übereinstimmen muß. Ergeben sich verschiedene mögliche Lesarten eines Gesetzes und entspricht nur eine Möglichkeit den geltenden Verfassungsprinzipien, so ist sie allen anderen vorzuziehen. Dieser Vorgang ist unter der Bezeichnung "verfassungskonforme Auslegung" bekannt und wurde vom Bundesverfassungsgericht erstmals in seiner Entscheidung vom 7.5.1953[164)] herausgestellt.

164) BVerfGE 2, 266

Vorliegend wäre insofern zu fragen, ob eine Auslegung, die die §§ 45 ff als abschließende Regelung der gemeindlichen Betätigung zum Zwecke der Umlegung ansehen würde, nicht gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde[165]. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besagt, daß bei hoheitlichen Eingriffen von mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln, die das angestrebte Ziel in gleicher Weise zu erreichen geeignet sind, immer dasjenige zu wählen ist, das die geringste Beeinträchtigung des Bürgers mit sich bringt. Diese Definition orientiert sich zwar vornehmlich an dem Fall, daß mehrere Varianten des hoheitlichen Eingreifens zur Verfügung stehen. Dasselbe muß jedoch auch gelten, wenn es wie vorliegend darum geht, ob ein Eingriff überhaupt stattfinden soll.

Das gesetzliche Verfahren mit allen daraus resultierenden Eingriffsbefugnissen ist aber ganz offensichtlich gegenüber der freiwilligen Einigung aller das unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten schärfere Mittel zur Erreichung des Umlegungsziels[166]. Bei der freiwilligen Einigung würde ja die Gemeinde auf die unmittelbare Anwendung staatlicher Machtmittel überhaupt verzichten! Dabei wäre kein Gegenargument das unter Umständen schlechtere praktische Ergebnis der freiwilligen Umlegung für den Grundstückseigentümer, insbesondere also ein größerer Flächenabzug oder auch die Kostentragungspflicht der Eigentümer entgegen § 78. Indem die Bewertung der Zulässigkeit solcher Regelungen auch hier nochmals zurückgestellt werden soll, ist auf jeden Fall klarzustellen, daß dieses mögliche Ergebnis der freiwilligen Umlegung nicht die Frage der Verhältnismäßigkeit der Mittel berührt. Die Einigung aller - gleichgültig mit welchem Ergebnis - schließt immer eine oktroyierte Lösung aus[167].

In diesem Ergebnis liegt auch nicht - wie noch unter B.I.1. dieses Kapitels angenommen - ein Zirkelschluß. Denn seit dieser Aussage haben sich die Prämissen geändert: Das Verhältnismäßigkeitsar-

165) Vgl. Rößling
166) So auch Rößling
167) Lerche, 62

gument hat für sich allein keine Aussagekraft hinsichtlich der Zulässigkeit der freiwilligen Umlegung. Bedeutung bekommt es erst, wenn im übrigen die materielle Rechtmäßigkeit der freiwilligen Verfahrensweise festgestellt werden kann. Nach dem abschließenden Stand der Untersuchung kann jetzt aber gesagt werden, daß sämtliche herangezogenen Aspekte der Auslegung dagegensprechen, der Regelung des Bundesbaugesetzes Ausschließlichkeit zukommen zu lassen, daß also kein materieller Einwand gegen die freiwillige Umlegung erkennbar ist. Dann aber verbietet es auch die Verhältnismäßigkeit, das Verfahren nach dem Bundesbaugesetz als abschließend anzusehen. Mit anderen Worten: Erst der Abschluß der hier vorgenommenen Untersuchung erlaubt es, das Verhältnismäßigkeitsargument fruchtbar zu machen.

C. Zusammenfassung

Wortauslegung, Gesetzgebungsgeschichte und historische Auslegung der Regeln des Bundesbaugesetzes brachten jeweils Anhaltspunkte dafür, daß eine freiwillige Verfahrensweise durch die Existenz der Umlegungsvorschriften nicht ausgeschlossen ist[168]. Sicherheit lieferte aber letztlich erst eine im Rahmen der teleologischen Auslegung erfolgte Interessenerfassung und die Frage nach deren Berücksichtigung im gesetzlichen und im freiwilligen Verfahren. Dabei zeigte sich, daß dem gesetzlichen Schutz der beteiligten Interessen im Verfahren nach dem Bundesbaugesetz das mindestens genauso wirksame Korrektiv des materiellen Einigungszwangs im freiwilligen Verfahren gegenübersteht. Die Notwendigkeit, unter allen Betroffenen einen Konsens herbeizuführen, ist sogar tendenziell besser als der gesetzliche Schutz geeignet, einen allgemeinen Interessenausgleich herbeizuführen, da die Berücksichtigung untypischer Einzelfälle leichter fällt[169].

168) Vgl. a. Püttner, der das Bundesbaugesetz ganz allgemein nicht für abschließend hält.
169) A.A. offenbar Krantzberger

Bedarf aber somit keine Beteiligtengruppe des Schutzes des gesetzlichen Verfahrens, ist auch eine strikte Einhaltung der §§ 45 ff nicht zu fordern. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten wäre ein Verständnis der Umlegungsregeln des Bundesbaugesetzes als abschließend dann sogar nicht einmal mehr vertretbar.

Offen ist damit noch, nach welchen Normen die freiwillige Umlegung inhaltlich zu beurteilen ist, welche Regelungen auf diesem Weg also getroffen werden können. Diese Frage ist Gegenstand der folgenden Kapitel.

VIERTES KAPITEL

Der Umlegungsvertrag - öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag?

A. Einleitung

Der Versuch, den freiwilligen Umlegungsvertrag als öffentlich-rechtlichen oder als privatrechtlichen Vertrag einzuordnen, stößt zunächst auf erhebliche Schwierigkeiten. Zum einen scheint die vielfach gebräuchliche Bezeichnung als "privatrechtliche Umlegung"[170] den einzuschlagenden Weg bereits vorzuzeichnen. Zum anderen ist jedoch der Bezug zu den öffentlich-rechtlichen Umlegungsregeln des Bundesbaugesetzes so offensichtlich, daß zumindest gewisse Zweifel an einer so schnellen Beurteilung angebracht erscheinen. Dazu kommt, daß es bis heute an einem eindeutigen und leicht handhabbaren Kriterium für die Unterscheidung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag fehlt[171]. Dies beweist schon die fast uferlose Literatur zu diesem Thema[172]. Es muß daher an dieser Stelle etwas weiter ausgeholt werden, um die Entscheidung auf tragfähigen Boden zu gründen.

Dabei ist das Bemühen um eine definitorische Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag stets vor dem Hintergrund der Teilung des geltenden Rechts in Privatrecht und öffentliches Recht überhaupt zu sehen. Es ist hier nicht der Ort, Fragen zu diskutieren, die hie und da im Zusammenhang mit dieser Dichotomie aufgeworfen werden. So mag man die Existenz eines öffentlichen Rechts ganz leugnen[173], für die Aufhebung der gel-

170) Dieterich, Städtebauliche Beiträge 1969, 92; Baur, Festschrift, 71; Birk, Hans-Jörg, 923
171) Ebenso Baur, Festschrift, 83
172) Vgl. die Angaben bei Fn. 236)
173) Kelsen

tenden Zweiteilung plädieren[174], die Eignung der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht zur lebensnahen Problemlösung von Rechtsfällen in Frage stellen [175] oder die Bedeutung der Abgrenzung dadurch relativieren, daß man die de lege lata gegebenen Verschränkungen beider Rechtsbereiche aufzeigt[176]: Es bleibt die Tatsache bestehen, daß die geltende Rechtsordnung an die Zugehörigkeit eines Vorgangs bzw. eines Rechtsinstituts zum einen oder anderen Bereich unterschiedliche Rechtsfolgen trifft. Einige dieser - teils auch nur vermeintlichen - Unterschiede sollen zu Beginn aufgezeigt werden, um die Einordnungsbemühungen von Rechtsprechung und Literatur richtig gewichten zu können.

B. Die Bedeutung der Unterscheidung

I. Der Rechtsweg

Zu nennen wäre einmal der unterschiedliche Rechtsweg. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten gehören - mit den bekannten Einschränkungen - vor die Verwaltungsgerichte (§ 40 VwGO), privatrechtliche vor die ordentlichen Gerichte (§ 13 GVG).

Auch hier kann man über den Sinn der Aufteilung der Gerichtsbarkeit in unterschiedliche Gerichtszweige geteilter Meinung sein[177]. Verfehlt wäre es aber, die Bedeutung der Unterscheidung de lege lata für die Rechtswegfrage gering zu schätzen, etwa mit dem Hinweis darauf, daß der Rechtsschutz in beiden Gerichtszweigen optimiert sei und es daher keinen praktischen Unterschied für die Rechtsverwirklichung bedeute, vor welchem Gericht sie erfolge[178]. Dies mag zwar eine rechtstheoretisch zulässige Überlegung sein, ändert aber nichts an der praktischen Relevanz der Unterscheidung

174) Bullinger, Öffentliches Recht
175) Bullinger, Gedächtnisschrift, 681 ff
176) Baur, JZ 1963, 41
177) Burmeister
178) Bullinger, Vertrag, 40

für den rechtssuchenden Bürger und den entscheidenden Richter und darf daher nicht zu einem Nachlassen der Bemühungen um eine praktikable Lösung führen. Die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs ist eine Vorfrage der materiellen Entscheidung, mit der sich nicht selten noch die höchste Instanz eines Rechtsstreits zu befassen hat[179]. Dies findet seine Rechtfertigung darin, daß es sich bei der Zuweisung bestimmter Rechtsstreitigkeiten an unterschiedliche Gerichte nicht nur um die mehr oder weniger zweckmäßige Ausgestaltung justizorganisatorischer Probleme handelt, sondern Aspekte der Rechtsgleichheit und damit auch der Rechtssicherheit eine entscheidende Rolle spielen. Letztlich geht es um die Bestimmung des gesetzlichen Richters und damit um die Einhaltung eines verfassungsrechtlichen Gebots.

II. Materiell-rechtliche Unterschiede

Wenn damit auch die Rechtswegproblematik nicht unterschätzt werden darf, so ergeben sich doch die bedeutsameren Folgen der Unterscheidung im materiell-rechtlichen Bereich. Die Frage nach der Rechtsnatur eines Vertrages ist nämlich eigentlich die Frage nach den spezifischen Rechtsregeln, denen er in Konstituierung, Inhalt, Bestand und Durchsetzung unterworfen ist[180].

1. Die Konstituierung des Vertrages

Der verschiedentlich zu hörende Satz, "volenti non fit iniuria" gelte im Verwaltungsrecht nicht[181], könnte vermuten lassen, die Privatautonomie sei konstitutives Definitionselement des privatrechtlichen gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Vertrag und daher ein zur Abgrenzung geeignetes Kriterium.

179) Z.B. BGHZ 29, 187; ebenso BGHZ 56,365; BGH NJW 1972, 585
180) Rebhan, 115
181) Forsthoff, 279; Grimmer; Bullinger, Vertrag, 90 f; traditionelle Lehre: Jellinek, 24 f

a) Die Privatautonomie - taugliches Unterscheidungsmerkmal?

Zur Klärung dieser Frage ist zunächst der Begriff der Privatautonomie auf den hier interessierenden Aspekt der Vertragsfreiheit zu begrenzen. Die Vertragsfreiheit wiederum umfaßt die sogenannte Abschlußfreiheit, sowie die Inhalts- bzw. Gestaltungsfreiheit[182]. Wenn unter Privatautonomie die von der Rechtsordnung anerkannte Rechtsmacht des Einzelnen verstanden wird, in bestimmten Bereichen seine Lebensverhältnisse selbst aufgrund eigener Willensentschließung verbindlich zu regeln[183] so bedeutet dies bezogen auf die Abschlußfreiheit, daß es der Einzelne als Rechtssubjekt in der Hand hat, ob und mit wem er einen Vertrag abschließen will. Inhalts- bzw. Gestaltungsfreiheit bezeichnen demgegenüber die Möglichkeit, Vertragsgegenstand und -ausgestaltung selbst zu bestimmen[184]. Daraus ergibt sich nunmehr folgende konkretisierte Fragestellung: Kann die Gemeinde beim Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages frei wählen, ob und mit wem sie kontrahieren will, während ihr dies bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag verwehrt wäre?

Dagegen können begründete Zweifel geltend gemacht werden und zwar unter zwei Gesichtspunkten: Erstens beinhaltet bereits der Begriff des Vertrages ein voluntatives Element, das es ausschließt, eine zumindest gewisse Wahlfreiheit auch im öffentlichen Recht bereits prinzipiell zu verneinen. Und zweitens ergeben sich durch die Grundsätze des sogenannten Verwaltungsprivatrechts[185] beim Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages Bindungen, wie sie auch im öffentlichen Recht bekannt sind.

182) Zur Terminologie: Larenz, Schuldrecht I, § 4
183) Wolf § 1
184) Wolf § 3 II; Larenz, Schuldrecht, § 4
185) Wolff/Bachof § 23 II b

aa) Bedenken aus dem Vertragsbegriff

Zunächst zum ersten Argument: Der Vertrag setzt definitorisch die willensbestimmte Einigung von mindestens zwei Rechtssubjekten voraus. Dabei handelt es sich nicht um eine für die Rechtsordnung disponible Voraussetzung, die auch genausogut entfallen könnte; vielmehr liegt insofern eine zwingende, apriorische Bedingung des Vertragsbegriffs vor. Will man daher auch im öffentlichen Recht von "Vertrag" sprechen, so muß man auch eine gewisse Dispositionsbefugnis der Beteiligten sowohl hinsichtlich Abschluß, sowie auch Gestaltung anerkennen. Darüberhinaus kommt dem öffentlich-rechtlichen Vertrag auch nur so eine sinnvolle Funktion im System der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen - insbesondere neben dem Verwaltungsakt - zu. Denn wollte man die Verwaltung in jedem gesetzlich definierten Fall zum Vertragsschluß verpflichten, so käme man zur gebundenen Verwaltungstätigkeit, deren typisches Instrument aber der Verwaltungsakt ist.

bb) Kontrahierungszwang

Und nun zum zweiten Argument: Die Gegensatzbegriffe zur Abschlußfreiheit sind zum einen der Kontrahierungszwang und zum anderen das Vertragsformverbot. Ihnen begegnen wir aber sowohl im Privatrecht, als auch im öffentlichen Recht.

Im Beförderungswesen, bei Monopolstellungen oder bei Leistungen der Daseinsvorsorge ergibt sich eine Abschlußpflicht für den Anbieter, gleichgültig, ob er Privatmann oder Hoheitsträger ist, gleichgültig, ob die Rechtsbeziehungen im übrigen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet sind.

Der Hoheitsträger aber ist nach der neueren Verwaltungsrechtslehre darüberhinaus zusätzlichen Bindungen unterworfen: Auch wenn z.B. die Gemeinde sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtlicher Mittel bedient, insbesondere also einen privatrechtlichen Vertrag abschließt, kann sie über die bereits genannten Fälle hinaus zum Vertragsschluß gezwungen sein. Die sogenannte Lehre vom Verwaltungsprivatrecht[186] geht davon aus, daß die zum Schutz

186) Wolff/Bachof § 23 II b; Mayer, 204 mwN; Ossenbühl, JuS 1979, 686; Erichsen/Martens § 32

des Bürgers gegen die Hoheitsverwaltung eingerichteten Grundsätze und Mechanismen unabhängig davon Geltung haben müssen, in welcher Form und mit welchen Mitteln die öffentliche Hand dem Bürger gegenüber ihre Verwaltungsziele zu erreichen sucht bzw. ihre öffentlichen Aufgaben erfüllt. Es handelt sich nämlich auch dann um Ausübung vollziehender Gewalt, wenn dies mit Hilfe privatrechtlicher Institute geschieht und daher ist der Träger öffentlicher Gewalt über Art. 1 Abs. 2 GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden[187]. Und davon kann insbesondere der Gleichheitsgrundsatz die Wirkung eines Kontrahierungszwangs entfalten[188].

Nichts anderes gilt aber beim Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Dieser, zumindest der hier gemeinte subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag, fällt in den Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder: Der Abschluß von Umlegungsverträgen wäre - deren öffentich-rechtlichen Charakter unterstellt - öffentliche-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Gemeinde, die den selbstdefinierten Anwendungsbereich dieser Gesetze berühren würde[189]. § 54 S.1 VwVfG schreibt vor, daß öffentlich-rechtliche Verträge geschlossen werden können, "... soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen". Betrachtet man diese Formulierung mit der weit überwiegenden Meinung als Ausdruck des allgemeinen Gesetzesvorrangs[190], so gehören zu den "Rechtsvorschriften" in diesem Sinn auch die allgemeinen Grundsätze des Verfassungs- und Verwaltungsrechts und damit z.B. auch die Grundrechte[191]. Es ist also auch wieder der Gleichheitssatz zu beachten und damit besteht prinzipiell die Möglichkeit des Kontrahierungszwangs auch beim öffentlich-rechtlichen Vertrag.

187) Mayer, 203-206 mwN; Erichsen/Martens § 32; Püttner, 117
188) S. schon BGH JZ 1959, 405
189) Es wird hier vom Text des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes ausgegangen. Die an sich anwendbaren Landesverwaltungsverfahrensgesetze sind insofern gleichlautend: Finkelnburg/Lässig Einl. Rn.74 ff
190) Ule/Laubinger, 334 mwN; Achterberg, 359; Meyer, 1710 Anm. 55; a.A. Meyer/Borgs-Maciejewski, § 54 Rn. 48: Vertragsformverbot
191) Giehl, Art. 54 IV

cc) Vertragsformverbot

Ähnliches gilt für das Vertragsformverbot. Davon spricht man, wenn eine Materie der vertraglichen Disposition insgesamt entzogen ist, also die Handlungsform Vertrag von vorneherein ausscheidet.

Nicht mehr haltbar ist seit Erlaß der Verwaltungsverfahrensgesetze die Auffassung, öffentlich-rechtiche Verträge dürften nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung abgeschlossen werden[192]. Dies wird deutlich, wenn man berücksichtigt, daß die Formulierung des § 54 VwVfG aus dem Streit zwischen Ermächtigungs- und utilitaristischer Lehre[193] hervorgegangen ist und ersterer eindeutig eine Absage erteilt hat. Die Auseinandersetzung beider Richtungen ist kurz aber prägnant mit den Begriffen von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes zu charakterisieren. Während die Vertreter der Ermächtigungslehre den öffentlich-rechtlichen Vertrag nur dann zulassen wollten, wenn er gesetzlich vorgesehen war (Vorbehalt), ließ es die herrschende Meinung genügen, wenn sich die Behörde bei Abschluß des Vertrages im Rahmen der geltenden Gesetze hielt (Vorrang). Diese sogenannte utilitaristische Sichtweise wurde mit Erlaß des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes und der entsprechenden Landesverwaltungsverfahrensgesetze gesetzlich fixiert. Für den Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge gilt also der Vorrang, nicht der Vorbehalt des Gesetzes[194]. Während eine dem Vorbehalt verpflichtete Gesetzesformulierung quasi ein "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" hätte aussprechen müssen, enthält § 54 S.1 VwVfG eine "Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt".

Ausdrückliche gesetzliche Verbote werden allerdings selten sein. Hierfür genügt es nicht, daß das Gesetz bezüglich des Vorgehens der Behörde den Begriff "Verwaltungsakt" oder gleichbedeutende Formulierungen verwendet. Dies zeigt schon § 54 S.2 VwVfG, wonach ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auch anstelle eines sonst zu er-

192) Frühere sog. Ermächtigungslehre: Z.B. Stern, VerwA 49 (1958), 131 ff; Beinhardt, 221 ff; Giaccometti, 442
193) H. M.: Z.B. BVerwG DVBl. 1967, 43; DVBl 1973, 801; Götz JuS 1970, 2; Bisek, 44-56
194) Göldner, 354

lassenden Verwaltungsakts abgeschlossen werden kann. Eher wird sich durch Auslegung bestehender Rechtsvorschriften eine bestimmte Formenbindung in anderer Richtung (Verwaltungsakt, Satzung) ergeben[195]. Man sollte auf jeden Fall bei der Auslegung sehr sorgfältig vorgehen und insbesondere die beteiligten Interessen berücksichtigen und gewichten. Als Beispiel wäre das Wahlprüfungsverfahren anzuführen, das sicher wegen der beteiligten öffentlichen Interessen an einem demokratisch geführten Wahlverfahren nicht im Wege des Vergleichsvertrages beendet werden kann[196]. Gleiches gilt z.B. auch für die Beamtenernennung[197].

Besteht nun aber ein im öffentlichen Recht begründetes Vertragsformverbot, so ist davon auszugehen, daß dies auch nicht durch Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages umgangen werden kann. Dies ergibt sich ebenfalls aus den obengenannten Bindungen des Verwaltungsprivatrechts.

b) Schriftform

Eine für die konstitutive Phase bedeutsame Folge der Unterscheidung enthält § 57 VwVfG. Danach bedarf der öffentlichrechtliche Vertrag zu seiner Wirksamkeit der Schriftform, während im Privatrecht grundsätzlich Formfreiheit besteht.

Praktisch wirkt sich diese Tatsache aber im Bereich der Umlegungsverträge nur selten aus. Denn in der Regel werden im Vertrag auch Grundstücksübertragungen vorgenommen, die, wenn sie auch nur treuhänderisch erfolgen, der Formvorschrift des § 313 BGB[198] unterliegen.

195) Erichsen/Martens, 238 f

196) Meyer-Hesemann, 871; ebenso, aber mit insoweit falscher Begründung BayVGH DVBl. 1980, 62

197) BGHZ 17, 61; weitere Beispiele bei Knack § 54 Rn. 6.1. Ob sich für die vorliegende Problematik ein Vertragsformverbot aus den Umlegungsregeln ablesen läßt, war Gegenstand des vorhergehenden Kapitels.

198) Aber auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, wird es kaum vorkommen, daß in diesem Bereich nichtschriftlich Vereinbarungen getroffen werden - Ausnahmen bestätigen die Regel!

c) Würdigung

Die aufgezeigten Bindungen für die öffentliche Hand relativieren die Bedeutung der Unterscheidung von öffentlich-rechtlichem Vertrag und privatrechtlichem Vertrag weitgehend. Gegner dieser Unterscheidung argumentieren dann auch, daß anstatt zunächst der öffentlichen Verwaltung die Möglichkeit des privatrechtlichen Handelns zu eröffnen und sie dann hinterher wieder durch die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts zu beschränken, es besser wäre, alle hoheitliche Tätigkeit sofort und unterschiedslos dem öffentlichen Recht als dem Sonderrecht des Staates zu unterstellen[199]. Diesen Vorschlag kann aber nur akzeptieren, wer gleichzeitig auch für eine gleichmäßige Behandlung aller von der Verwaltung abgeschlossenen Verträge auch in Inhalt, Bestand und Durchsetzung eintritt. Denn hier erhält die Unterscheidung nun tatsächlich praktische Bedeutung.

2. Der Inhalt

Wenn eben festgestellt wurde, daß für den Bereich des Vertragsschlusses die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag von nur geringer Bedeutung ist, so gilt dies nicht auch für die inhaltliche Vertragsgestaltung.

a) Bindungen des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Auch hier erhebt sich zunächst die Frage, wieweit die Gesetzesbindung der Verwaltung reicht. Dabei ist wiederum zwischen Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes zu unterscheiden.

aa) Gesetzesvorbehalt

Die Annahme, der Vertrag könne nur einen jeweils gesetzlich vorgesehen Inhalt haben (Vorbehalt), würde den Vertrag als Handlungsform neben dem Verwaltungsakt sinnlos machen und wird - zumindest seit Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze - nur noch selten vertreten[200]. Wie bereits bei der Behandlung der

199) Pestalozza, DÖV 1974, 188 ff; Bosse, 25 f
200) Obermayer, 549

konstitutiven Phase angeführt, lassen Vertragsbegriff und Gesetzesformulierung eine derartige Deutung nicht mehr zu[201].

bb) Gesetzesvorrang

Weitgehende Einigkeit herrscht auch darüber, daß auf der anderen Seite der Vorrang des Gesetzes auf jeden Fall Geltung zu beanspruchen hat[202]. Das bedeutet, daß sich die vertraglichen Vereinbarungen immer am bestehenden Recht messen lassen müssen.

cc) Dispositives öffentliches Recht?

Der eigentliche Streitpunkt resultiert aber nun daraus, daß von einigen Autoren weiter unterschieden wird zwischen dispositivem und zwingendem Recht[203], während andere aus der Tatsache der gesetzlichen Regelung allein schon die behördliche Bindung ablesen wollen[204].

Während die erste Auffassung zur Folge hätte, daß bei jeder von einer gesetzlichen Vorschrift abweichenden Vertragsregelung im Wege der Auslegung festgestellt werden müßte, ob die bestimmende Gesetzesregelung zwingenden oder dispositiven Charakter hat, wäre nach der zweiten Meinung eine solche Vertragsregelung gänzlich unzulässig.

Für die Beantwortung der damit aufgeworfenen Frage, ob auch im öffentlichen Recht wie schon im Zivilrecht von der Existenz dispositiven Rechts auszugehen ist, muß folgendes berücksichtigt werden: Das Recht insgesamt - und damit auch das öffentliche Recht - ist nicht Selbstzweck, sondern erfüllt Regelungs- und Ordnungsfunktionen für gemeinschaftsrelevante Probleme. Werden diese Ziele auf eine vom Gesetz abweichende Art und Weise - hier also vertraglich - verwirklicht unter gleichzeitiger Berücksichtigung aller

201) Vgl. die eingehende Diskussion insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsverzichts bei Göldner, 355

202) Meyer/Borgs-Maciejewski § 54 Rn. 52; Göldner, 354; Obermayer, 550; Klückmann, 100; Schweickhardt, Anm. 747, 242; Ule/Laubinger, 334; Achterberg, 360; Maurer, VerwRecht, 269 f; Knack § 54 Anm. 7.1; Meyer-Hesemann, 871; der Sache nach auch Schenke, 285 und Erichsen/Martens, 240, obwohl vom "Vorbehalt" die Rede ist.

203) Göldner, 355 f; Schenke, 285 ff; Knack § 54 Anm. 7.1; Maurer, VerwRecht 269 f; Schweickhardt, Anm. 747, 242

204) Klückmann, 100; Meyer/Borgs-Maciejewski, § 54 Rn. 52

beteiligten und gesetzlich geschützten Interessen, so käme es einem formalistischen, rechtsstaatswidrigen Gesetzesverständnis nahe, wollte man trotzdem auf dem Gesetzesvollzug bestehen[205]. Lediglich bei nicht zu beseitigenden Zweifeln dürfte eine Vermutung für den zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts sprechen[206].

dd) "volenti non fit iniuria"

Mit dieser Präzisierung könnte auch dem in diesem Zusammenhang viel diskutierten[207] alten römischen Rechtssatz "volenti non fit iniuria" zugestimmt werden. Denn dann geht es nicht mehr nur darum, bei den bürgerbelastenden Vereinbarungen auf die "rechtfertigende" Einwilligung hinzuweisen. Vielmehr wäre gleichzeitig noch zu überprüfen, ob die im Wege der Auslegung festzustellenden, mit dem Gesetz verfolgten öffentlichen Interessen und auch diejenigen tangierter Drittbeteiligter gewahrt werden. Ist dies durch eine vertragliche Regelung schon gedanklich nicht erreichbar, so ist von zwingendem Recht und einem Vertragsformverbot auszugehen. Ist dies zwar gedanklich möglich, aber in concreto nicht verwirklicht, ist der Vertrag zwar rechtswidrig aber zulässig; die Fehlerfolgen richten sich dann nach den besonderen Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes.

205) Baur, Festschrift, 79 f unterscheidet verschiedene Schichten des öffentlichen Interesses: Genuines und abgeleitetes öffentliches Interesse. Beim genuinen öffentlichen Interesse sei die gesetzliche Regelung zwingend - Beispiel: Polizei und Ordnungsrecht, staatliche Strafgewalt; beim abgeleiteten öffentlichen Interesse habe der Staat lediglich als "Lückenbüßer" Aufgaben von öffentlichem Interesse übernommen, da ihre Durchführung durch Private nicht gewährleistet sei. Das Umlegungsrecht gehöre zu letzterem.

206) Göldner, 356

207) Vgl. z.B. Göldner, 354; Schenke, 285 f; Bisek, 96 ff mwN; u.v.a.

ee) Bei gebundener, ermessensbedingter und gesetzlich nicht normierter Verwaltungstätigkeit

Nach dem hier vertretenen Entscheidungsmodell ist die teilweise anzutreffende Unterscheidung nach gebundener und Ermessensverwaltung, sowie nicht gesetzlich vornormierter Verwaltungstätigkeit[208] ungeeignet. Diese Unterscheidung wird dabei verstanden als Stufenleiter der gesetzlichen Bindung der Verwaltung in dem Sinne, daß sie im Bereich der gebundenen Verwaltungstätigkeit am stärksten, bei fehlender Vornormierung am schwächsten sei.

Dies trifft jedoch nicht den Kern des Problems. Die Gestaltungsbefugnis der Verwaltung hängt nur mittelbar mit den angeführten gesetzlichen Vorgaben zusammen. Es kann nämlich auch im Bereich der gebundenen Verwaltung durchaus der Abschluß eines Vertrages möglich sein, der einen gesetzlich vorgesehenen Eingriff verhindert, weil er auf dessen Voraussetzungen einwirkt. Ob die vertragliche Vereinbarung nun aber als solche zulässig ist, kann dann nicht mehr mit dem Hinweis auf die Gesetzesbindung, sondern nur durch Auslegung aller tangierten Vorschriften auf ihre Disponibilität hin erreicht werden. Dabei ist sogar davon auszugehen, daß sich die zum Eingriff ermächtigende Norm nicht unter den zu untersuchenden befindet. Denn auf sie wurde nur mittels einer Änderung des Sachverhalts - also nur mittelbar - eingewirkt.

Die Aussage, im Bereich der gebundenen Verwaltung sei die Behörde auf den Abschluß gesetzesvollziehender Verträge beschränkt, enthält also nur die halbe Wahrheit. Sie ist nämlich nur insoweit zutreffend, als sie sich auf die Rechtsfolgenseite bezieht. Soweit es sich dabei um Leistungsverwaltung handelt, stellt dies auch § 56 Abs.2 VwVfG klar.

208) Vgl. z.B. Maurer, VerwRecht, 267 ff; vor dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze auch Beinhardt, 223 ff

ff) Verwaltungsverfahrensgesetz

Überhaupt wäre die hier versuchte Inhaltsbegrenzung natürlich unvollständig, wenn nicht die noch weitergehenden Einschränkungen aufgrund der Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes erwähnt werden würden. Ausdrückliche - und sicher nicht disponible - Vorschriften finden sich hier für den Austauschvertrag und den Vergleichsvertrag, §§ 55 und 56 VwVfG. Außerdem erfolgt eine Inhaltsbeschränkung auch durch die Nichtigkeitsregelung des § 59 VwVfG und die Spezialvorschrift des § 58 VwVfG.

b) Bindungen des privatrechtlichen Vertrages

Da aus später auszuführenden Gründen beim Vorliegen eines rechtlich vornormierten Sachverhalts die Annahme eines privatrechtlichen Vertrages ausscheidet, bleibt für die Frage der Bindung des privatrechtlichen Vertrages an Normen des öffentlichen Rechts naturgemäß ein nur enger Raum.

aa) Zwingendes öffentliches Recht

Ohne diesen Raum im einzelnen auszuloten, kann jedenfalls gesagt werden, daß bei der Kollision mit zwingendem öffentlichem Recht, auch der privatrechtliche Vertrag ohne Wirksamkeit bleiben muß, nämlich über § 134 BGB.

bb) Verwaltungsprivatrecht

Dagegen entfallen die sich aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz ergebenden Bindungen, die auch unter dem Gesichtspunkt des Verwaltungsprivatrechts nicht immer und ohne genaue Einzelfallprüfung wieder virulent gemacht werden können. So ist die Behörde im privatrechtlichen Bereich z.B. sicher freier bei der Gestaltung von Austauschverträgen, als dies beim öffentlich-rechtlichen Vertrag nach § 56 VwVfG der Fall ist.

Andererseits hat sie auch hier die bestehenden Kompetenznormen und die wichtigsten rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätze zu beachten. Praktisch besonders bedeutsam ist, wie auch schon beim Abschluß des Vertrages, das Gleichbehandlungsprinzip. Zwar kann daraus z.B. nicht verlangt werden, daß jeder an einem freiwilligen

Umlegungsverfahren Beteiligte genau dieselben Bedingungen eingeräumt erhält. Es muß jedoch entsprechend der herrschenden Auslegung des Art.3 Abs.1 GG für jede Abweichung ein sachlicher Grund bestehen (sogenanntes Willkürverbot)[209].

cc) Wirkungsmöglichkeit

Ein weiterer wichtiger Punkt, an dem auch gleichzeitig die später noch zu diskutierende Scheidung zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag und privatrechtlichem Vertrag erfolgen kann, ist folgender, in Rechtsprechung und Literatur in dieser Deutlichkeit leider nur selten hervorgehobene Unterschied: Ein privatrechtlicher Vertrag kann zwar zur Erfüllung, nicht aber zur Modifizierung öffentlich-rechtlicher Pflichten und Rechte abgeschlossen werden[210]! Das heißt, daß durch den Abschluß und Inhalt eines privatrechtlichen Vertrages in keinem Fall eine Beschränkung oder Erweiterung des öffentlich-rechtlichen Pflichten- und Rechtengefüges bewirkt werden kann.

Diese Aussage über die unterschiedliche Wirkungsmöglichkeit von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag entspricht auch der früheren Rechtssprechung zur Unterscheidung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag[211], wonach ein öffentlich-rechtlicher Vertrag dann vorliege, wenn eine Einwirkung auf öffentlich-rechtliche Pflichten und Rechte erfolgt sei. Allerdings fehlt es bis dato noch an einer einsichtigen Begründung. Wenn Baur[212] schreibt, daß sich die Verwaltung in ihrer hoheitlichen Tätigkeit nicht durch privatrechtliche Verträge binden lassen kann, so liegt hierin eine Bekräftigung der These, aber keine Begründung.

Auch die Äußerungen der oben zitierten Rechtsprechung bleiben insofern unergiebig. Das rührt allerdings daher, daß sie - die Äußerungen - Teil einer Argumentationskette sind, die zwar auch von

209) Vgl. Konrad, 113 Fn. 16
210) Baur, NJW 1964, 1213; Kopp § 54 Rn. 7, 11; Beinhardt, 238; Göldner, 355 re.Sp.u.mwN.
211) BGHZ 32,214; OVG Münster OVGE 22,176; BGH NJW 1972, 585; BGHZ 58, 386
212) NJW 1964, 1213

der Abgrenzung öffentlich-rechtlicher Vertrag/privatrechtlicher Vertrag handelt, die Problemlösung aber hauptsächlich durch eine positive Definition dessen, was einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ausmacht, erreichen will. Ausgehend von der Kernthese, daß der Vertrag dann öffentlich-rechtlich ist, wenn sein Gegenstand öffentlich-rechtlich ist[213], wird weiter festgestellt, daß der Gegenstand öffentlich-rechtlich ist, wenn in dem Vertrag eine Verschiebung öffentlich-rechtlicher Lasten erfolgt[214]. Wenn aber aus der Verschiebung öffentlich-rechtlicher Lasten auf die öffentlich-rechtliche Natur des Vertrages geschlossen wird, wird gleichzeitig unterstellt, daß eine solche Verschiebung durch privatrechtlichen Vertrag nicht geschehen kann.

Diese Implikation bleibt jedoch unausgesprochen und auch unbegründet. Vielleicht, weil es sich dabei aus der Sicht von Rechtsprechung und Lehre um eine bare Selbstverständlichkeit handelt. Gleichwohl ist die Begründung dieser Selbstverständlichkeit geeignet, weitere Klarheit in die Grenzziehung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag zu bringen.

Für eine Verschiebung öffentlich-rechtlicher Lasten durch privatrechtlichen Vertrag fehlt der Verwaltung in aller Regel die Kompetenz und die Legitimation. Diese Rechte und Pflichten bestehen nämlich aufgrund öffentlich-rechtlicher Rechtssätze, d.h. also Verfassungs-, Gesetzes-, Verordnungs- und Satzungsnormen. Zu ihrer Änderung, Beschränkung oder Erweiterung ist grundsätzlich nur dasjenige Organ befugt, das diese Rechtssätze auch erlassen hat. Das ergibt sich aus dem Sinngehalt der Kompetenz und der staatlichen Kompetenzordnung. Die Gemeinde ist also z.B. nicht legitimiert, landes- oder bundesgesetzlich begründete Pflichten oder Rechte durch privatrechtlichen Vertrag abzuändern. Würde man diese Möglichkeit zulassen, könnte nicht zu Unrecht von einer zumindest theoretischen Auflösung der Rechtsordnung gesprochen werden[215].

Handelt dagegen derjenige Verwaltungsträger, der selbst durch eine von ihm erlassene Rechtsnorm (Rechtsverordnung, Satzung) die

213) H.M.; Nachweise unter Fn. 236 und 260
214) BGHZ 32,214
215) Menger/Erichsen, VerwA 58 (1967), 177

vertragsgegenständlichen Rechte und Pflichten begründet hat, so stünde ihm zwar theoretisch die Kompetenz auch zu deren Änderung zu; diese müßte aber im vorgesehenen Verfahren (bei Gemeindesatzungen insbesondere durch Satzungsänderung, die nur das Gemeindeparlament vornehmen kann) und in der entsprechenden Form geschehen. Am Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages hindert den Verwaltungsträger das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, das ihn auch an das von ihm selbst gesetzte Recht bindet.

Daß demgegenüber eine Änderung der öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten durch öffentlich-rechtlichen Vertrag möglich ist, bedeutet keinen Widerspruch zu dem soeben Gesagten. Zwar gilt auch hier, daß eine Lastenverschiebung nur durch die kompetente Stelle erfolgen kann[216] und diese an die von ihr erlassenen Rechtssätze selbst gebunden ist. Durch die gesetzliche Ermächtigung zum Abschluß von öffentlich-rechtlichen Verträgen im Verwaltungsverfahrensgesetz bzw. in Spezialgesetzen[217] ist aber der zur Gesetzesausführung zuständigen Stelle auch die Kompetenz eingeräumt, die jeweiligen rechtssatzmäßig festgelegten Rechte und Pflichten zu modifizieren. Es braucht nicht besonders darauf hingewiesen zu werden, daß eine derartige Modifikation natürlich nicht grenzenlos möglich ist, sondern daß sie sich unmittelbar an das Verwaltungsverfahrensgesetz und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu halten hat. Es ist also in jedem einzelnen Fall festzustellen, ob die in Rede stehende öffentlich-rechtliche Pflicht bzw. das öffentlich-rechtiche Recht zur Disposition der Behörde steht[218].

Entgegen anderslautender Ansichten in der Literatur[219] gelten diese Grundsätze auch für die nicht gesetzesakzessorische Verwaltung, wenn also öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten vertraglich b e g r ü n d e t werden sollen. Auch dies kann aus den

216) Meyer/Borgs-Maciejewski § 54 Rn. 56
217) Vgl. z.B. § 123 BBauG
218) S. o. B.II.2.a)
219) Menger, Festschrift, 156 unter Berufung auf Zuleeg, 35 ff

angeführten Gründen nur durch öffentlich-rechtlichen Vertrag geschehen.

Zur Klarstellung muß an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß durch die Hervorhebung dieses Unterscheidungsmerkmals nicht etwa eine institutsmäßige Gegensätzlichkeit zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag gesehen wird. Zwar könnte man aufgrund der terminologischen Verfestigung der Begriffe "öffentlich-rechtlicher Vertrag" und "privatrechtlicher Vertrag" dieser Gefahr erliegen. Dies wäre jedoch verfehlt, denn es handelt sich im Prinzip nur um eine verkürzte Ausdrucksweise für das bei den einzelnen Verträgen anzuwendende Rechtsregime[220]. Es ist daher letzlich auch ungenau, wenn man formuliert, dies oder jenes kann nicht Gegenstand privatrechtlicher Vereinbarung sein. Exakt müßte es heißen, daß wenn dies oder jenes vereinbart wird, ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegt; ob dieser dann Rechtsgültigkeit hat, entscheidet sich nach den auf öffentlich-rechtliche Verträge anwendbaren Rechtsregeln.

Damit ist zugleich eine Aussage getroffen hinsichtlich des in jüngster Zeit neu diskutierten Problems der Wahlfreiheit der öffentlichen Hand zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht[221]. Wenn darunter verstanden sein soll, daß es dem Parteiwillen unterliegt, unmittelbar das geltende Rechtsregime zu bestimmen, so ist dies zumindest für den Bereich der Handlungsform "Vertrag" als unrichtig zurückzuweisen. Allein durch die Bezeichnung "privatrechtlicher Vertrag" wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag noch nicht den Regeln des Privatrechts unterworfen. Es steht den Vertragsparteien zwar offen, welchen Vertragsinhalt sie - im Rahmen der Gesetze selbstverständlich - wählen wollen; welches Recht aber dadurch Anwendung findet, ist allein nach objektiven Kriterien zu entscheiden[222]. Welche das sind, wird noch zu erörtern sein.

220) Deutlich: Pestalozza, DÖV 1974, 188; Ossenbühl, JuS 1979, 686
221) Pestalozza, DÖV 1974, 188; Ossenbühl, JuS 1979, 686 f; Pestalozza, Formenmißbrauch, insbes. 170 ff; BGH NJW 1961, 73; Bosse, 22; nicht ganz eindeutig Erichsen/Martens, 233
222) Asam, 189; Konrad, 43, Maurer, VerwRecht, 252 Rn. 9; Apelt, Vertrag, 135; Obermayer, 547

Damit ist die wohl entscheidende Bindung der öffentlichen Hand beim Abschluß von Verträgen fixiert. Schließt sie einen privatrechtlichen Vertrag ab, so darf sie darin keine Einwirkung auf öffentich-rechtliche Pflichten und Rechte vereinbaren; tut sie es trotzdem, so handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag.

3. Der Bestand

Deutliche Unterschiede ergeben sich auch für die Frage nach dem Bestand eines Vertrages, je nach dem, ob man ihn dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuordnet. Unter Bestand des Vertrages wird dabei die Reichweite möglicher Vertragsstörungen verstanden, wobei solche Störungen nicht nur von den Parteien, sondern auch von objektiven Gesetzesverstößen ausgehen können. Das zur Begegnung solcher Störungen zur Verfügung stehende Instrumentarium auf der Rechtsfolgenseite unterscheidet sich allerdings zunächst nicht. Andersgeartete Erwartungen wären auch unbegründet gewesen, da unsere Rechtsordnung für das Institut "Vertrag" eine reiche Palette an ausgeformten Rechtsfolgen bereithält, deren Änderung oder Ergänzung bei einer Übernahme des Vertrags auch in das öffentliche Recht weder zwingend, noch notwendig ist. Dementsprechend verweist § 62 S.2 VwVfG auch generell auf die Regeln des Zivilrechts, so daß hier wie da Verträge nichtig und anfechtbar sein können, die Parteien zurücktreten, Schadensersatz fordern und kündigen können; vertragsrechtliche Kategorien wie Unmöglichkeit, Verzug, pVV, cic, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Irrtum, Geschäftsfähigkeit etc. behalten ihre Bedeutung auch im öffentlichen Recht.

Erst die tatbestandliche Ausgestaltung bedurfte aufgrund der regelmäßig gegebenen Beteiligung eines Trägers öffentlicher Belange gewisser Modifikationen. Neben der besonderen Ausformung der clausula rebus sic stantibus (im Zivilrecht: Wegfall der Geschäftsgrundlage) in § 60 VwVfG, die dem Gemeinwohlinteresse einen besonderen Stellenwert beimißt, wäre hier insbesondere § 59 VwVfG zu nennen. Diese Vorschrift erweitert aber nun nicht nur die zur Nichtigkeit des Vertrages führenden Tatbestände; vielmehr entzündete sich an ihr auch ein Streit, der, je nach Standpunkt, für den öffentlich-rechtlichen Vertrag einen auch strukturell bedeutsamen Unterschied gegenüber dem privatrechtlichen Vertrag mit sich brin-

gen kann. Je nach dem, ob man in die Verweisung nach § 59 Abs. 1 VwVfG auch § 134 BGB mit einbezieht oder nicht, ergibt sich ein Kuriosum, über dessen Behandlung weiterer Streit unvermeidbar ist[223]: Den rechtswidrigen, aber bestandsfähigen öffentlich-rechtlichen Vertrag!

Denn soll § 134 BGB über § 59 Abs. 1 VwVfG auch für den öffentlich-rechtichen Vertrag gelten, so führt jeder Gesetzesverstoß zur Nichtigkeit. Dies entsprach auch der bis zur Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes geltenden allgemeinen Meinung[224]. Nimmt man dagegen § 134 BGB von der Anwendung auf den öfffentlich-rechtlichen Vertrag aus, so ergibt sich zwischen den unspezifischen Nichtigkeitsregeln des BGB und den spezifischen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 59 Abs.2 VwVfG) eine Lücke, die gesetzlich nicht erfaßt ist, nämlich dann, wenn ein Gesetzesverstoß tatbestandlich weder von den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches, noch von § 59 Abs.2 VwVfG gedeckt wird[225]. Mit dem dann rechtswidrigen aber gleichwohl nicht unwirksamen Vertrag bestünde eine Kategorie, die dem Privatrecht fremd ist, denn dort fällt Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit zusammen[226].

F ü r die Einbeziehung von § 134 BGB spricht die dann erreichte Lückenlosigkeit in der materiell-rechtlichen Behandlung von Gesetzesverstößen des öffentlich-rechtichen Vertrages. Die dem Vertragsrecht unbekannte, stark an die Lehre vom Verwaltungsakt erinnernde Sanktionslosigkeit von Rechtsverstößen wäre vermieden[227].

D a g e g e n steht allerdings die tatbestandliche Ausformung des § 59 Abs. 2 VwVfG, die dann schlicht überflüssig wäre. Dementsprechend nimmt auch die heute wohl überwiegende Meinung[228] an, daß es einen rechtswidrigen und gleichwohl be-

223) Z.B. Bullinger, DÖV 1977, 812; Obermayer, 546; Schenke, 281
224) Konrad, 141 mwN. aus Rspr. u. Lit.
225) Beispiele bei Schenke, 283
226) Konrad, 133
227) Ule/Laubinger, 294; Konrad 144; Schenke, 281
228) Vgl. z.B. Bullinger, DÖV 1977, 812; BT-DrS. 7/910,81; Götz, DÖV 1973, 299; ders., NJW 1976, 1430; Maurer, JuS 1976, 494; Schleicher, 554; Erichsen, 69

standsfähigen Verwaltungsvertrag gibt. Ob die damit verbundene Durchsetzbarkeit auch rechtswidriger Verpflichtungen "schlechthin unerträglich erscheint"[229] und ob sich nicht vielleicht daraus ein Leistungsverweigerungsrecht des rechtswidrig Verpflichteten ergeben muß[230], soll hier erwähnt, aber - weil zu weit gehend - nicht diskutiert werden[231].

4. Die Durchsetzung

Sieht man vom Rechtsweg ab, so ergeben sich seit der Geltung der Verwaltungsverfahrensgesetze bei der Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche keine Unterschiede mehr zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag. In beiden Fällen hat der Anspruchsberechtigte Klage zu erheben, wenn sich der Verpflichtete nicht z.B. von vorneherein der Vollstreckung nach § 61 VwVfG unterworfen hat[232]. Insbesondere ist es der Behörde beim öffentlich-rechtlichen Vertrag verwehrt, eventuelle Ansprüche durch Leistungsbescheid durchzusetzen, was der prinzipiellen Gleichordnung der Vertragspartner innerhalb des Vertragsverhältnisses widersprechen würde[233], aber auch die Funktion des § 61 VwVfG in Frage stellen würde. Von untergeordneter Bedeutung ist demgegenüber die Frage, ob die zum Erlaß eines Verwaltungsaktes verpflichtete Behörde per Leistungs-[234] oder per Verpflichtungsklage[235] in Anspruch zu nehmen ist.

III. Zusammenfassung

Der Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag kommt zunächst bei der Wahl des Rechtswegs Bedeutung zu.

229) Konrad, 147
230) Bullinger, DÖV 1977, 817
231) Vgl. die eingehenden Ausführungen bei Schenke
232) Erichsen/Martens, 249 mwN aus der Rspr.; Mayer/Borgs-Maciejewski § 61 Rn. 3; BT-DrS. 7/910,81; Bullinger, DÖV 1977, 820; Göldner, 357
233) Mayer/Borgs-Maciejewski § 61 Rn. 3; anders noch OVG Münster DÖV 1960, 798; OVG Hamburg VRspr. 8, 228, 230
234) Lerche, 77 f; Mayer/Borgs-Maciejewski § 61 Rn. 4; Meyer, 1711 Fn. 76; Klückmann, 99; u.a.
235) Obermayer, 551

Materiell-rechtlich ist zu trennen zwischen dem Vertragsschluß, dem Vertragsinhalt, den Vertragsstörungen und der Durchsetzung des Vertrages. Bei der näheren Untersuchung der Vertragskonstituierung zeigt sich, daß zumindest in diesem Bereich eine Abgrenzung unter dem Aspekt der Privatautonomie nicht erfolgen kann. Die Abschlußfreiheit der Behörde wird sowohl beim öffentlich-rechtlichen wie auch beim privatrechtlichen Vertrag durch die Möglichkeit eines Kontrahierungszwangs, wie auch eines Vertragsformverbotes beschränkt. Der privatrechtliche Kontrahierungszwang resultiert dabei aus den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts, die der Behörde über die im Privatrecht für jedermann schon geltenden Fallgruppen hinaus unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes einen Vertragsschluß aufzwingen können. Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag ergibt sich dies aus Art. 3 GG direkt, der über § 54 S.1 VwVfG Anwendung findet. Und besteht andererseits ein aus öffentlich-rechtlichen Normen ableitbares Vertragsformverbot, so wird sich die Behörde diesem auch nicht durch Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages entziehen können.

Für die inhaltliche Gestaltung des Vertrages ergeben sich die wesentlichen Unterschiede einmal daraus, daß der öffentlich-rechtliche Vertrag neben dem zwingenden materiellen Recht auch die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu beachten hat, während sich der privatrechtliche Vertrag wohl nur - aber doch auch - am zwingenden öffentlichen Recht orientieren muß. Zum anderen bieten die mit dem öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Vertrag jeweils erzielbaren Rechtswirkungen ein signifikantes Unterscheidungsmerkmal: Nur durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag kann auf öffentich-rechtliche Rechte und Pflichten modifizierend eingewirkt werden, nicht aber durch den privatrechtlichen Vertrag.

Bei den Vertragsstörungen ist der rechtswidrige, aber gleichwohl bestandsfähige öffentlich-rechtliche Vertrag als eine dem Privatrecht unbekannte Erscheinung hervorzuheben.

Weitgehend identisch gestaltet sich demgegenüber die Durchsetzung der Verträge.

C. Kriterien der Unterscheidung

I. Ältere Theorien

Solange es in der Verwaltungsrechtsdogmatik den öffentlich-rechtlichen Vertrag gibt, solange währt auch die Diskussion um seine Abgrenzung gegenüber dem privatrechtlichen Vertrag[236].

Dabei war man sich schon relativ früh darüber einig, daß das entscheidende Kriterium beim Vertrags g e g e n s t a n d liegen müsse[237]. Bereits Apelt führt in seinem grundlegenden Werk "Der verwaltungsrechtliche Vertrag" (1920) aus, daß die Anknüpfung an die Rechtsqualität der Vertrags p a r t n e r verfehlt wäre[238]. Allein aus der Tatsache der Beteiligung eines Hoheitsträgers könne nicht auf die öffentlich-rechtliche Natur des Vertrages geschlossen werden, denn es sei der öffentlichen Hand ja nicht verwehrt, auch privatrechtliche Rechtsverhältnisse zu begründen.

Auch die Vertrags f o r m könne nicht als Anhaltspunkt für die Zuordnung zum Privatrecht gelten. Diese sogenannte "Titeltheorie"[239] wies den Vertrag als Rechtsform den Privatrechtstiteln[240] zu und kam so bezüglich jedes Rechtsgeschäfts, das diese Form trug, zur Anwendung des Privatrechts. Wie obsolet diese Auffassung ist (und damals schon war!) zeigt die Diskussion darüber, ob es sich beim Vertrag nicht überhaupt um eine apriorische Erscheinung handelt[241], die daher nicht spezifisch mit dem Privatrecht verbunden ist.

Als ungeeignet und "unhaltbar veraltet" bezeichnete Apelt[242] auch die sogenannte Fiskustheorie, nach der alle Vermögensrechte dem Privatrecht zuzuordnen seien. Diese Theorie beruhte auf dem

236) Mayer; Layer; Apelt, 1920; Speiser; Seidel; Jedlička; Reusch; Kohl; Ruppert; Steffen; Imboden; Salzwedel; Stern, VerwA 49 (1958), 106; Apelt, AöR 84 (1959), 249; Giaccometti; Stein; Bullinger, Vertrag; Lerche; Martens; Kottke; Bullinger,Gedächtnisschrift; Bisek; Weiß; Ihle; Rebhan; Bosse; Konrad und eine Unzahl von Aufsätzen und Kommentierungen

237) Vgl. z.B. schon Layer; Apelt 1920 u.a.

238) S. 120

239) Nachweise bei Apelt 1920, 123 Fn. 2

240) Unter "Titel" verstand man in der älteren Rechtssprache den Rechtsgrund, auf den ein Anspruch gestützt wurde.

241) Bullinger, Vertrag, 33 mwN.; Forsthoff, 10. Aufl. § 14 1. (S. 277); ebenso Achterberg, 356

242) Apelt 1920, 123

heute überholten Verständnis vom Fiskus als Träger des öffentlichen Vermögens, der ein vom Staat unabhängiges Rechtssubjekt darstelle und als solches der Rechtsordnung wie jeder Private gegenüberstehe[243]. Letztlich stand dahinter aber auch das Bemühen, in der Zeit vor dem heute selbstverständlich gewordenen Ausbau des Verwaltungsrechtsschutzes bei Geldansprüchen dadurch den ordentlichen Rechtsweg zu eröffnen, daß man das zugrundeliegende Rechtsverhältnis als bürgerlich-rechtliches ansah[244].

II. Die Gegenstandstheorie als heute herrschende Meinung

Die somit begründete Annahme, daß die Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag beim Vertragsgegenstand ansetzen müsse, kann bis heute als Grundlage der allgemeinen Meinung bezeichnet werden[245].

1. Abweichende Mindermeinungen

Daran ändern auch jüngst erhobene Stimmen nichts, die sich in Richtung auf eine Heranziehung der Rechtsqualität der Vertragsparteien als Abgrenzungskriterium aussprechen[246].

a) Gern

Schon bei Gern ist zweifelhaft, ob er das ausgesprochene Postulat, es komme allein die Rechtsqualität der beteiligten Vertragsparteien als Abgrenzungsmerkmal in Frage, so meint, wie es sich anhört und an mancher Stelle auch verstanden wird[247]. Denn liest man die einschlägigen Passagen zu diesem Problem wortgenau, so zeigt sich, daß Gern einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dann annehmen möchte, wenn "eine Vertragspartei als öffentlich-recht-

243) Nachweise bei Jedlička, 10; vgl. a. Ruppert, 10; Steffen, 7
244) Forsthoff 6. Aufl., 244 Fn. 4; BGHZ 22, 246, 251; OVG Münster DÖV 1957, 374
245) Vgl. die bei Fn. 236) zitierte Lit. und die bei Fn. 260) zitierte Rspr.
246) Gern, VerwA 70 (1979), 219; ders., Vertrag; ders., NJW 1979, 694; Pestalozza, DÖV 1974, 188; ders., Formenmißbrauch, 177 ff
247) Z.B. von Ule/Laubinger § 67, 325 ff

licher Sonderrechtsträger paktiert"[248]. Die Betonung muß dabei gemäß dem Zusammenhang mit den sonstigen Ausführungen Gerns auf der Formulierung "als Sonderrechtsträger" gesehen werden, denn Gern anerkennt durchaus, daß die öffentliche Gewalt auch als Privatrechtsträger in Erscheinung tritt und dann eben dem Privatrecht unterliegt[249].

Damit stellt sich aber das weitere Problem, wann denn der Hoheitsträger als Sonderrechtsträger und wann als Privatrechtsträger auftritt! Es braucht hier nicht darauf eingegangen zu werden, wie diese Frage von Gern behandelt wird; es genügt zu erkennen, daß damit das Problem nur verschoben, nicht aber gelöst worden ist[250] und daß letztlich eben doch außerhalb der bloßen Beteiligung eines Hoheitsträgers liegende Kriterien den Ausschlag geben werden. Allein aussagekräftig ist die Auffassung Gerns nur für den umstrittenen Fall des öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Privaten. Diesen muß er auf der Grundlage seiner These konsequenterweise ablehnen.

b) Pestalozza

Keine unwesentliche Rolle für die Gern'sche Kernthese spielt ein bereits oben kritisiertes[251] falsches Verständnis von der Freiheit der öffentlichen Hand bei der Wahl des Rechtsregimes. Diese wohl im Zusammenhang mit dem Subventionsrecht öfters zu hörende Auffassung[252] wird dahingehend mißverstanden, es stehe im Belieben des Hoheitsträgers, zu bestimmen, ob öffentliches oder privates Recht zu gelten habe[253]. Daß diese Annahme nicht richtig ist, wurde bereits festgestellt[254]; gleichwohl ist sie es, die auch dem anderen, weit radikaleren Verfechter der Differenzierung nach der Rechtsqualität der Beteiligten als Argumentationsgrundlage dient[255]. Ohne weiter auf Hintergrund und Folgerungen Pestalozzas eingehen zu wollen, ist auch bei ihm bei genauerem Hinsehen das Hintertürchen zu erkennen, das er sich angesichts der unbestreitbaren

248) Gern, VerwA 70 (1979), 230
249) Gern, VerwA 70 (1979), 231; ders., Vertrag, 45 f
250) Bachof, Festgabe, 9 ff
251) Siehe B.II.2.b)cc)
252) Maurer, VerwRecht, 252 Rn.9
253) Gern, VerwA 70 (1979), 231 f
254) B.II.2.b)cc) a.E.
255) Pestalozza, DÖV 1974, 188; ders., Formenmißbrauch

Tatsache der Existenz privatrechtlicher Verträge mit Beteiligung auch der öffentlichen Hand offenhält: "Die einzige Unterscheidung, die sich im Tatsächlichen durchführen läßt, ist diejenige zwischen Handlungen des Staates einerseits, des Privaten andererseits. Handelt der Staat, so gilt stets öffentliches Recht, soweit vorhanden, privates Recht nur subsidiär oder kumulativ ... Die Einschlägigkeit privatrechtlicher Normen ergibt sich jedoch nicht aus einer irgendwie gearteten "Natur" des Handelns, sondern aus dem jeweils nachzuweisenden Umstand, daß öffentlich-rechtliche Normen hierfür nicht bereitstehen und das Privatrecht tatsächlich anwendbar ist. "[256]

Auch für Pestalozza handelt es sich also um ein Anwendungsproblem[257] und damit steht er in Übereinstimmung mit Literatur und Rechtsprechung. Wenn er aber bei Beteiligung eines Hoheitsträgers für die Anwendung von Privatrecht fordert, es müsse der Nachweis erbracht werden, daß öffentlich-rechtliche Normen nicht bereitstünden und Privatrecht tatsächlich anwendbar sei, dann postuliert er damit in Wahrheit allenfalls den generellen Vorrang des öffentlichen Rechts, knüpft aber nicht allein an die Rechtsqualität des beteiligten Hoheitsträgers an. Womit er dann aber ebenfalls nicht allzuweit von der Rechtsprechung entfernt ist, die davon ausgeht, daß bei Tätigwerden einer Behörde in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben diese auch öffentlich-rechtliche Mittel einsetzt[258].

Die Gegenstandslehre darf somit durchaus auch von der Sache her als allgemeine Meinung bezeichnet werden.

256) Pestalozza, Formenmißbrauch, 178
257) S. a. Pestalozza, DÖV 1974, 188
258) BGHZ 57, 130; NJW 1972, 763; s. eingehend: C.II.2.a)

2. Der Vertragsgegenstand in Rechtsprechung und Literatur

Weniger eindeutig stellt sich das Bild von Rechtsprechung und Literatur dar, wenn man der Frage nachgeht, was denn nun unter dem Vertragsgegenstand im konkreten Fall zu verstehen sei.

a) Rechtsprechung

aa) Im gesetzlich vornormierten Bereich

(1) Zivilgerichtsbarkeit (BGH)

(a) Urteil vom 25.4.1960 [259]

In der Rechtsprechung hat sich seit BGHZ 32,214 die formelhafte Wendung eingespielt, daß der Gegenstand eines Vertrages dann dem öffentlichen Recht zuzurechnen sei, wenn sich die darin getroffenen Vereinbarungen auf einen von der Rechtsordnung öffentlich-rechtlich geregelten Sachverhalt beziehen[260]. Mit dieser zugegebenermaßen weiten Formulierung hätte zumindest im gesetzlich durchnormierten Bereich eine leidlich handhabbare Formel erwachsen können, denn über die Rechtsqualität bestehender gesetzlicher Regelungen herrscht im allgemeinen Einigkeit. Die gleichzeitig erfolgte Präzisierung, daß insbesondere dann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag anzunehmen ist, wenn eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Regelung öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten vereinbart wird[261], hätte weitere Klarheit gebracht und das Gegenstandskriterium noch konkretisiert[262].

Statt es dabei aber nun bewenden zu lassen, führte der Bundesgerichtshof - ohne Not - weiter aus, es sei durchaus auch denkbar, daß ein Vertragspartner unbeschadet der öffentlich-rechtlichen ge-

259) BGHZ 32, 214

260) BGHZ 32, 214; NJW 1961, 73; 35, 69; 43, 34; 54, 287; 56, 265; NJW 1972, 585; NJW 1972, 763; JZ 1973, 420; DÖV 1974, 712;BVerwGE 42, 331; 49, 125; MDR 1976, 874; OVG Münster DÖV 1957, 374; OVGE 22, 176; OVG Saarlouis JZ 1961, 673; OVG Lüneburg DÖV 1968, 803; BayrVGH DÖV 1976, 99

261) BGHZ 32, 214

262) Ablehnend allerdings Stelkens/Bonk/Leonhardt § 54 Rn. 35

setzlichen Ordnung und ohne Abweichung von der durch sie geregelten Aufgaben- und Lastenverteilung zusätzlich eine Verpflichtung als privatrechtliche Pflicht übernimmt, so daß also ein Vertrag auch bürgerlich-rechtlich sein könne, obwohl er sich auf einen öffentlich-rechtlich geregelten Sachverhalt beziehe[263].

Es ist aus den abgedruckten Urteilsgründen nicht ersichtlich, was den entscheidenden Senat dazu bewogen hat, diese Ausnahme zu postulieren. Das angeführte und mit dem zu beurteilenden Fall in keinem Zusammenhang stehende Beispiel macht den Grund auch nicht einsichtig. Es wird nämlich nicht recht deutlich, warum die Übernahme der Straßenreinigungspflicht durch den Anlieger gegenüber dem Wegebaulastpflichtigen - so das Beispiel des Bundesgerichtshofs - unbedingt eine privatrechtlich zu beurteilende Vereinbarung sein soll[264].

Im Zusammenhang mit weiteren Faktoren bewirkte diese Rechtsprechung denn auch mehr Verwirrung als Klarheit. Insbesondere die sogenannten Dispensverträge erfuhren dadurch eine sehr unterschiedliche Behandlung. Es geht bei dieser Art von Verträgen zwischen Bauwilligen und der Gemeinde entweder um die Befreiung von der Stellplatzpflicht oder von gemäß § 12 preußischem Fluchtliniengesetz erlassenen ortsstatutarischen Anbauverboten oder um das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BBauG. Letzteres stellt an sich keine Dispenserteilung dar, ist aber von der Interessenlage her mit dieser vergleichbar[265].

In besagtem Urteil vom 25.4.1960, in dem der Bundesgerichtshof die oben angeführten Grundsätze aufstellte, hatte er auch über die Rechtsnatur eines Vertrages zu entscheiden, in dem der Bauwillige durch Zahlung einer Summe an die Gemeinde von seiner Stellplatzpflicht befreit wurde. Der Bundesgerichtshof kam nun hier aufgrund folgender Argumentation zu dem Ergebnis, es handele sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag: Der Bauwillige sei von seiner gesetzlichen Verpflichtung freigestellt worden und d i e s e Verpflichtung sei von der Gemeinde übernommen worden. Damit

263) BGHZ 32, 216
264) Krit. a. Menger, VerwA 52 (1961), 100
265) Vgl. a. BGHZ 56, 365

aber sehe die Vereinbarung eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Regelung vor und sei daher öffentlich-rechtlich[266].

In einem früheren, nicht veröffentlichten Urteil vom 18.1.1960[267] ging derselbe Senat jedoch bei ähnlichem Sachverhalt von der privatrechtlichen Natur eines derartigen Ablösungsvertrags aus[268]. Das bot Anlaß zu der Feststellung, daß das jetzt gewonnene Ergebnis nicht im Widerspruch zu der früheren Entscheidung stehe. Der ausschlaggebende Unterschied zwischen beiden Sachverhalten läge nämlich darin, daß durch die früher zu beurteilende Vereinbarung nichts an der gesetzlichen Lastenverteilung geändert worden sei. Dort sei die dem Bauherren obliegende Verpflichtung nämlich nicht von der Gemeinde übernommen worden, sondern beim Bauherren verblieben. Übernommen habe es die Gemeinde nur, diese des Bauherren Verpflichtung auszuführen und zu erfüllen!!

Mit dieser Art der Argumentation könnte natürlich im gesetzlich durchnormierten Bereich letztlich jeder Vertrag zum privatrechtlichen erklärt werden. Denn verschiebt man eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung personell, wie in den eben besprochenen Fällen, so beläßt man einfach die gesetzliche Pflicht bei dem ursprünglich Pflichtigen und weist sie dem Übernehmer nur zur A u s f ü h r u n g zu! Ob dabei allerdings ein über das rechtsdogmatisch Spitzfindige hinausgehender Unterschied zur "Übernahme" besteht, ist fraglich.

Und wenn man eine öffentlich-rechtliche Last sachlich verschiebt, das heißt also verstärkt, so könnte man nach der Diktion des besagten Urteils davon ausgehen, daß die öffentlich-rechtlich begründete Verpflichtung bestehen bliebe und lediglich z u s ä t z l i c h noch eine privatrechtliche Pflicht begründet worden sei.

(b) Urteil vom 30.9.1970 [269]

Daß mit dieser Qualität von Argumenten für eine Abgrenzung nichts gewonnen ist, liegt auf der Hand. Der Bundesgerichtshof führte diese Rechtsprechung nicht einmal selbst kon-

266) BGHZ 32, 217
267) Az.: - III ZR 20/59 -
268) Ebenso, aber ohne Begründung: BGHZ 26, 84
269) BGHZ 54, 287

sequent durch, wie ein Urteil vom 30.9.1970[270] zeigt. Dort hatte er über die Rechtsqualität eines Erschließungsvertrages nach § 123 Abs. 3 BBauG zu entscheiden. In folgerichtiger Anwendung der Gegenstandslehre kam er dabei zum öffentlich-rechtlichen Charakter des Vertrages, was angesichts der positiv-rechtlichen Regelung im kaum anzweifelbar öffentlich-rechtlichen Bundesbaugesetz auch schwerlich zu umgehen gewesen wäre. Hätte er aber die noch in den Urteilen vom 25.4.1960[271], vom 27.10. 1960[272] und vom 27.3. 1961[273] vertretene Auffassung konsequent auf den Fall übertragen, hätte er den Vertrag privatrechtlich einordnen müssen. Denn da die Erschliessungslast bis zur Erschließung bei der Gemeinde bleibt, hat sie diese an sich nur "zur Ausführung" auf den Unternehmer übertragen, also nicht auf die öffentlich-rechtiche Pflichtenlage eingewirkt!

(c) Urteil vom 27.10.1960[274]

Weitere Unsicherheit wurde dadurch in die Diskussion getragen, daß sich auch die Rechtsprechung zu § 12 preußisches Fluchtliniengesetz nicht an die selbst aufgestellten Richtlinien hielt. Gemäß § 12 Abs. 1 des besagten Gesetzes konnte durch Ortsstatut festgestellt werden, daß an noch nicht fertig hergestellten Straßen Wohngebäude nicht errichtet werden dürfen. In Absatz 4 war jedoch ein Dispens vorgesehen. Viele darauf gegründete Ortsstatuten enthielten dementsprechend ein Bauverbot, das aber im Einzelfall durch Ausnahmen durchbrochen werden konnte. Die näheren Bedingungen der Ausnahmen - so die Ortsstatuten weiter - sollten dabei "im Wege der privatrechtlichen Vereinbarung" festgesetzt werden. Es handelte sich dabei um die sogenannten Anbauverträge.

In einer Entscheidung vom 27.10.1960[274] hatte sich der Bundesgerichtshof mit einem derartigen Anbauvertrag zu befassen. Anstatt nun aber die vom selben Senat begründeten Kriterien anzulegen und diese Art von Vertrag damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen,

270) Allerdings ein Urteil des I. Senats!
271) BGHZ 32, 214
272) BGH NJW 1961, 73
273) BGHZ 35, 69 und BGH MDR 1961, 580
274) BGH NJW 1961, 73

führte das Urteil durch eine fragwürdige Begründung zur privatrechtlichen Natur der Vereinbarungen. Zum einen ging der Senat von einem falsch verstandenen Wahlrecht der Gemeinde hinsichtlich der Rechtsqualität der von ihr geschlossenen Verträge aus. Es handle sich bei der Erteilung der Ausnahmebewilligung um ein Verwaltungsgebiet, in dem ein Handeln der Gemeinde im Privatrechtsbereich möglich sei und die Gemeinde bestimmen könne, ob sie im öffentlich-rechtlichen oder im privatrechtlichen Bereich handeln wolle. Diese Bestimmung aber sei in der erlassenen Ortssatzung dahingehend getroffen worden, daß Ausnahmen "im Wege der privatrechtlichen Vereinbarung" festgesetzt würden. Daß ein so verstandenes Wahlrecht der Gemeinde nicht bestehen kann wurde schon oben[275] dargelegt.

Außerdem berücksichtigte der Senat nicht,daß die ortsstatutarisch erfolgte Festlegung der Privatrechtlichkeit der Vereinbarung überwiegend auf historisch überholten Ansichten beruhte, die nachträglich zu sanktionieren einen Rückschritt bedeutete. Denn die frühere Reichsgerichtsrechtsprechung, auf die das Urteil hinwies, orientierte sich noch an der auch damals schon obsoleten Fiskustheorie, die wiederum - wie oben bereits ausgeführt - ihren Hintergrund im unzulänglichen Verwaltungsrechtsschutz hatte[276].

(d) Urteil vom 12.7.1971[277]

Weitere Entscheidungen in diesem Sinne folgten[278]. Demgegenüber vertrat die Verwaltungsrechtsprechung in derselben Frage die Auffassung, daß Anbauverträge nach § 12 preußisches Fluchtliniengesetz öffentlich-rechtliche Verträge seien und die frühere Einschätzung als privatrechtlich überholt sei[279].

275) B.II.2.b)cc); ebenso Asam, 189
276) Das früher herrschende Enummerationsprinzip sah die Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht vor: Scheerbarth, 128; Forsthoff 10. Aufl., 280 Fn. 2, der auch ein weiteres, unter diesem Aspekt verfehltes Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.2.1952 VRspr. 4, 838 anführt.
277) BGHZ 56, 365
278) BGHZ 35, 69; MDR 1961, 580
279) HessVGH VRspr. 16, 577 mwN; OVG Münster OVGE 22, 176; DÖV 1967, 722; siehe auch Schulze, 49 mwN aus der Rspr.

Insbesondere ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5.10.1965[280], das über einen Vertrag zu entscheiden hatte, in dem sich Bauwillige zu einer Erschließungskostenvorauszahlung verpflichteten, stellte klar, daß besonders bei Verträgen, die im Hinblick auf den Erlaß eines Verwaltungsaktes (Baugenehmigung, Dispens) geschlossen werden, nicht nur isoliert die vertraglich versprochene Leistung des Bürgers betrachtet werden könne. Diese Leistung sei in der Regel eine Geldleistung und somit an sich weder spezifisch privatrechtlich, noch spezifisch öffentlich-rechtlich. Der Vertrag in seiner Gesamtheit zeige jedoch, daß eine bewußte und gewollte enge Verknüpfung und Bindung der Leistung an die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen und Berechtigungen des Bürgers vorliege, die außerdem mit der von ihm beabsichtigten Bebauung des erworbenen Grundstücks unmittelbar zusammenhänge[281].

Das Bundesverwaltungsgericht wandte sich also der Sache nach gegen die vom Bundesgerichtshof praktizierte Abkoppelung der vertraglichen Vereinbarung von ihrem unmittelbaren Hintergrund, wie dies z.B. bei der Rechtsprechung zu den Anbauverträgen zum Ausdruck kam.

Diese Entscheidung nahm der III. Senat des Bundesgerichtshofs zum Anlaß, seine Rechtsprechung insoweit zu begradigen. In seiner Entscheidung vom 12.7.1971[282] kam er zu dem Ergebnis, daß der dort zu beurteilende Anbauvertrag dem öffentlichen Recht angehöre, da es Ziel des Vertrages gewesen sei, einen Verwaltungsakt (Baugenehmigung) zu ermöglichen u n d die Art und Enge der Beziehungen des sonstigen Vertragsinhalts (Straßenherstellung, Erteilung eines Baudispenses etc.) zum öffentlichen Recht dies rechtfertigten. Gleichzeitig nahm er die im Urteil vom 25.4.1960[283] unnötigerweise postulierte Annahme von der privatrechtlichen Eigenschaft der zusätzlich übernommenen Verpflichtung zurück: "Wenn der Baubewerber über eine bestehende öffentliche Pflicht hinaus eine

280) BVerwGE 22, 138
281) BVerwGE 22, 141
282) BGHZ 56, 365
283) BGHZ 32, 214

Belastung, die in einer Verschärfung dieser Pflicht besteht, durch einen mit dem berechtigten Hoheitsträger geschlossenen Vertrag auf sich nimmt, wird das Rechtsverhältnis insgesamt nicht zu einem bürgerlich-rechtlichen umgestaltet."[284)]

(e) Urteil vom 12.5.1972[285)]

Die etwas künstlich wirkende Rechtssprechung zu den Dispensverträgen hätte damit einen Abschluß finden können, wenn nicht der V. Senat in einer Entscheidung vom 12.5.1972[285)] zum Ausdruck gebracht hätte, daß er gewillt ist, an der ursprünglichen Betrachtungsweise festzuhalten. Obwohl die im fraglichen Vertrag vereinbarte Abtretung eines Grundstücksteils zu Zwecken des Strassenbaus erfolgte und in deutlichem Zusammenhang mit der Erteilung eines Dispenses von der örtlichen Staffelbauordnung geschah, ging der V. Senat von einem privatrechtlichen Vertrag aus[286)].

Die gegebene Begründung fiel dazuhin nicht überzeugend aus: Die vereinbarte Grundstücksübereignung sei für sich betrachtet privatrechtlich und der gegebene Bezug zum öffentlichen Recht reiche nicht für eine andere Betrachtung aus. Es bestehe auch kein Gegensatz zum Urteil des III. Senats vom 12.7.1971[284)], da im dortigen Fall die übrigen Vertragsbestimmungen weitgehend öffentlich-rechtliche Beziehungen regelten und somit der Vertrag in seinem Gesamtbild öffentlich-rechtlichen Charakter erhalten habe.

Diese Argumentation geht in mehrfacher Hinsicht fehl: Zum einen wird ein völlig neues Kriterium zur Abgrenzung herangezogen, nämlich der vereinbarte Leistungstyp. Eine Grundstücksübereignung sei von Haus aus privatrechtlich und um sie öffentlich-rechtlich zu machen, müßten weitere Elemente hinzukommen, lautet der erste Argumentationsteil der Sache nach. Eine Anknüpfung an die Vertrags- und Leistungstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches offenbart aber ein

284) BGHZ 56, 372
285) DVBl. 1972, 824
286) Die Tendenz des V. Senats zur privatrechtlichen Beurteilung wird auch in BGH ZMR 1972, 246 - Urteil vom 26.11.1971 - deutlich.

verfehltes Verständnis von der Funktion der Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag. Diese liegt nämlich nicht darin, einfach eine Zuordnung vorzunehmen; vielmehr muß bei dieser Zuordnung stets beachtet werden, ob der Bezug zum öffentlichen Recht es rechtfertigt und u.U. sogar erfordert, den Vertrag den öffentlich-rechtlichen Rechtsregeln zu unterwerfen. Das kann aber nicht dadurch geleistet werden, daß man allein den Vertrags- oder Leistungstyp abfragt und bei dessen - doch oftmals zufälliger - Normierung im Bürgerlichen Gesetzbuch den Vertrag insgesamt dem Privatrecht zuweist. Ohne diese Frage hier vertiefen zu wollen, könnte dem Vertragstyp allenfalls im nicht normierten Verwaltungsbereich eine gewisse Indizwirkung zugestanden werden[287].

Zum anderen aber bewertet das Urteil des V. Senats auch den gegebenen Zusammenhang des Vertrags mit dem öffentlichen Recht nicht richtig. Hierbei kann es nämlich nicht darauf ankommen, ob die Vertragsregelungen quantitativ überwiegend im öffentlichen Recht wurzeln. Darauf scheint aber die Begründung abzuzielen, wenn sie den zu entscheidenden Fall von dem des III. Senats im Urteil vom 12.7.1971 danach abgrenzt, daß er nicht so viele Bestimmungen mit öffentlich-rechtlichem Bezug enthalte, wie der letztere. Entscheidend ist aber nur, ob ein Sachverhalt q u a l i t a t i v so mit dem öffentlichen Recht verbunden ist, daß er diesem zugerechnet werden muß. Und das war in dem vom V. Senat zu entscheidenden Sachverhalt nicht weniger der Fall, als bei dem dem III. Senat vorliegenden Vertrag. Beidesmal ging es um die Erteilung eines Dispenses bzw. einer Einvernehmenserklärung, die von einer Gegenleistung eines Bauwilligen abhängig gemacht wurde.

Um einen Sachverhalt als von der gesetzlichen Ordnung geregelt betrachten zu können, muß dieser lediglich seiner Grundstruktur nach Berücksichtigung im Gesetz gefunden haben. Im Interesse einer möglichst gleichmäßigen Beurteilung durch die Rechtsprechung und

287) Ablehnend auch Gern, Vertrag, 43 mwN; Rüfner; Stern, AöR 84 (1959), 311 f.

damit in Erfüllung des Gerechtigkeitsgebots kann es nicht auf die Ausgestaltung einzelner Sachverhaltsdetails für die Zuordnung zum öffentlichen oder zum Privatrecht ankommen. Insbesondere dürfen nicht letztlich die Formulierungskünste der Beteiligten ausschlaggebend sein, was aber bei der zunächst verfolgten Linie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Fall gewesen wäre und nach der Rechtsprechung des V. Senats vielleicht noch ist[288]. Es macht nun einmal für den Bauwilligen im Ergebnis keinen Unterschied, ob die Gemeinde gegen Zahlung eines Ablösebetrages die Stellplatzpflicht "übernimmt", oder nur die E r f ü l l u n g übernimmt. Derartiges mag im Zivilrecht bei Fragen der Schuld- oder Erfüllungsübernahme von Bedeutung sein. Im öffentlichen Recht erinnert eine solche Betrachtungsweise an die Methodik der längst überwunden geglaubten Begriffsjurisprudenz[289].

(f) Urteile vom 29.9.1972[290] und 21.6.1974[291]

Allerdings lassen spätere Urteile des V. Senats eine vorsichtige Aufgabe des bisherigen Standpunkts vermuten[292]. Wenn in ihnen auch nach wie vor verbal an der Möglichkeit privatrechtlich übernommener zusätzlicher Pflichten festgehalten wird, so ist im übrigen doch eine etwas größere Neigung zu erkennen, bei eindeutig öffentlich-rechtlichem Bezug auch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag anzunehmen. In den zitierten Urteilen qualifiziert der Senat jedenfalls Grundstücksabtretungen nicht mehr als privatrechtlich, sondern als öffentlich-rechtlich, da sie zur vorzeitigen Ablösung erst später fällig werdender Anliegerbeiträge dienen sollten[293].

(g) Weitere Entscheidungen

Außerhalb der Dispensrechtsprechung kam der Bundesgerichtshof demgegenüber aufgrund konsequenter Anwendung der im Urteil vom 25.4.1960[294] aufgestellten Kriterien zu einer relativ

288) Ebenso Menger, VerwA 52 (1961), 100
289) Krit. a. Rüfner und Thieme
290) BGH JZ 1973, 420
291) BGH DÖV 1974, 712
292) BGH JZ 1973, 420; DÖV 1974, 712
293) Ebenso Rüfner
294) BGHZ 32, 214

einheitlichen Linie: So bewertete er z.B. als öffentlich-rechtlich einen Vergleichsvertrag über Wohnraumbewirtschaftung[295] und Erschliessungsverträge nach § 123 Abs.3 BBauG[296], wobei ihm dies im letzteren Fall angesichts der ausdrücklichen gesetzlichen Sanktionierung sicher besonders leicht gefallen ist.

Dazuhin stellte das Urteil vom 31.1.1972[297] nochmals heraus, daß der Zusammenhang mit dem erstrebten öffentlich-rechtlichen Tätigwerden des hoheitlichen Vertragspartners auch schon dann gegeben sei, wenn dieses lediglich in Aussicht gestellt bzw. als "Bedingung" der Verpflichtung des Bürgers verstanden wurde, ohne aber speziell im Vertrag mit - oftmals wie im Fall der Bauleitplanung nicht möglicher - Verpflichtungswirkung festgehalten zu sein. Damit wurde erneut deutlich, daß es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - zumindest der des III. Senats - auf eine ganzheitliche Betrachtung ankommt, was geeignet ist, die hier herausgestellte Auffassung von der allein ausschlaggebenden Bedeutung des Sachverhalts g r u n d m u s t e r s zu stützen.

(2) Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe bietet ein einheitlicheres Bild.

Im gesetzlich vornormierten Bereich wird der Vertragsgegenstand dann als öffentlich-rechtich bezeichnet, wenn er einen Sachverhalt betrifft, der von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich geregelt ist[298]. Und auch wo dies nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, wird es der Sache nach praktiziert[299]. Dabei wird der Sach-

295) BGHZ 43, 34
296) BGHZ 54, 287; BGHZ 58, 386
297) BGH NJW 1972, 585
298) OVG Münster DÖV 1957, 374; OVG Saarlouis JZ 1961, 673; OVG Münster OVGE 22, 176; OVG Lüneburg DÖV 1968, 803; BVerwGE 42, 331; BayVGH DÖV 1976, 99; BVerwGE 49, 125; MDR 1976, 874
299) HessVGH VRspr. 16, 577; BVerwGE 22, 138; OVG Münster DÖV 1967, 722; BVerwGE 49, 359; NJW 1976, 2360; BayVGH BayVBl. 1978, 146; BVerwG NJW 1980, 1294; DVBl. 1980, 686

verhaltsbegriff im hier geforderten Sinn weit gefaßt. Es wird also nur überprüft, ob das Grundmuster des dem Vertrag zugrundeliegenden Sachverhalts eine gesetzliche Regelung gefunden hat.

Besonders deutlich wird dies schon in einem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 20.3.1957[300], in dem ein Vertrag über Anliegerbeiträge nach § 15 preußisches Fluchtliniengesetz zu beurteilen war. Das Gericht stellte fest, daß die vertraglich geregelten Rechte und Pflichten - Straßenbau durch die Gemeinde, Kostenerstattung durch die Anlieger, Rechnungslegung durch die Gemeinde - i m G r u n d s a t z bereits durch § 15 preußisches Fluchtliniengesetz und dem dazu erlassenen Ortsstatut geregelt seien. Die Betonung lag hierbei auf "im Grundsatz", denn § 15 preußisches Fluchtliniengesetz sah im Gegensatz zu dem angedeuteten Vertragsinhalt eigentlich die Straßenherstellungspflicht d u r c h d i e A n l i e g e r vor. Es ist also von dieser Rechtsprechung richtigerweise nicht als entscheidend angesehen worden, daß genau die im Vertrag erfolgte Regelung bereits gesetzlich normiert ist, sondern daß lediglich der Lebensachverhalt, die zum Vertragsschluß führenden Umstände "im Grundsatz" eine gesetzliche Regelung gefunden haben.

Im übrigen wird der enge Zusammenhang betont, den die vertragliche Regelung mit öffentlich-rechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen aufweisen müsse, um als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden zu können[301]. Um diesen nachzuweisen, werden dabei vordringlich die beidseitig zu erbringenden Leistungen auf ihren Rechtscharakter hin untersucht. Da die Leistung des Bürgers speziell bei den häufigen Dispensverträgen in der Regel in einer Geldzahlung oder Grundstücksabtretung besteht und diese sowohl öffentlich-rechtlich wie auch privatrechtlich sein kann, erweist sich letztlich die Gegenleistung des hoheitlichen Vertragsbeteiligten als ausschlaggebend. Ist diese öffentlich-rechtlich, so ist es auch die Leistung des

300) DÖV 1957, 374
301) BVerwGE 22, 138; 42, 331; 49, 125; NJW 1976, 2360; DVBl.1980, 686; BayVGH BayVBl. 1978, 146

Bürgers, da der enge Zusammenhang eine einheitliche Beurteilung verlangt und es außerdem wenig sinnvoll wäre, für jede der Leistungen auf einen anderen Rechtsweg zu verweisen[302]. Ähnlich wie der Bundesgerichtshof verlangt das Bundesverwaltungsgericht dabei auch nicht, daß die Gegenleistung der Behörde in synallagmatischer Verknüpfung zur Leistung des Bürgers steht, was, wie bereits angedeutet, oftmals wegen entsprechender rechtlicher Bedenken wie z.B. im Bereich der Bauleitplanung gar nicht möglich wäre[303].

bb) Im gesetzlich nicht erfaßten Bereich

Weit schwieriger ist es, auch für solche Verträge eine griffige Abgrenzungsformel zu finden, die in einem Bereich abgeschlossen werden, der nicht bereits normativ erfaßt ist. Sieht man einmal von den Vertretern des Totalvorbehalts ab[304], die hier natürlich ein Tätigwerden des Staates ganz ablehnen müssen, so erweisen sich in diesen Fällen die oben dargestellten Kategorien der Rechtsprechung als nicht ausreichend. Dies ist nicht zuletzt auch immer wieder Anlaß gewesen, diese Abgrenzung als ungeeignet zu verwerfen[305] und neue eigene Abgrenzungskriterien zu entwikkeln[306].

Die Grundtendenz der Rechtsprechung in diesem Bereich läßt sich wie folgt aufzeigen:

In einem Urteil vom 4.2.1972 hatte der Bundesgerichtshof einen sogenannten Garnisonsvertrag zu beurteilen[307], der zwischen der damaligen Wehrmacht und einer Stadt geschlossen worden war und die Ansiedlung der Wehrmacht in dieser Stadt betraf. Das Gericht stellte darauf ab, ob es sich dabei um die unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben bzw. den Abschluß von Rechtsgeschäften in unmittelbarem Zusammenhang damit handelte.

302) So ausdrücklich BVerwGE 42, 331; s. a. 49, 125; DVBl. 1980, 686; OVG Münster DÖV 1967, 722
303) BVerwGE 42, 331; dazu auch BGHZ 36, 91
304) Z.B. Jesch; Rupp
305) Z.B. Bosse; Imboden
306) Z.B. Gern, Vertrag; Bosse
307) BGH VRspr. 24, 498

Mit diesem wenig glücklichen Abgrenzungsversuch wäre natürlich außerhalb des rein fiskalischen Bereichs fast jede Vereinbarung der öffentlichen Hand als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, denn es gibt kaum eine Tätigkeit, die nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und wo die Grenze zwischen "mittelbar" und "unmittelbar" zu ziehen wäre, wird von besagtem Urteil nicht angesprochen[308].

Im konkreten Fall kam es zum privatrechtlichen Charakter des Vertrags, was sicher nicht ganz unproblematisch ist, auch bei Zugrundelegung der durch das Gericht selbst gewählten Abgrenzung.

So dürfte eine andere Entscheidung[309] weit eher die zu verfolgende Linie zum Ausdruck bringen. Es handelte sich um den Streit der Deutschen Bundesbahn und einer Gemeinde wegen der Kostentragung für die Umbenennung des Gemeindebahnhofs. Die diesbezügliche vertragliche Vereinbarung wurde vom Bundesgerichtshof dem öffentlichen Recht zugeordnet und zwar indem er die dahin weisenden Bezugspunkte des Vertrages aufzeigte. Dabei wurde zunächst die öffentlich-rechtliche Organisationsstruktur der Deutschen Bundesbahn, die Geltung der öffentlich-rechtlichen Normen für sie und ihre öffentlich-rechtliche Zielsetzung betont. Weiter wurde festgestellt, daß die Benennung der Bahnhöfe durch die Deutsche Bundesbahn einerseits und das Namensrecht der Gemeinde andererseits öffentlich-rechtlicher Natur sind.

Wenn letzteres auch seine Regelung in der Gemeindeordnung findet, so wäre die Auffassung wohl doch als zu weitgehend abzulehnen, daß damit auch die Grundstruktur des Sachverhalts bereits eine gesetzliche Vornormierung gefunden habe und somit schon nach der bei aa) dargestellten Definition vom öffentlich-rechtlichen Charakter des Vertrages auszugehen wäre. Aber abgesehen davon scheint dies das von der Rechtsprechung praktizierte Vorgehen bei der Beurteilung von Verträgen im nicht normierten

308) Vgl. a. BVerwG MDR 1976, 874; allerdings auch die Kritik dazu bei Schwarze
309) BGH NJW 1975, 2015

Bereich widerzuspiegeln[310]. Als maßgeblich werden Art und Ausmaß der Berührungspunkte mit dem öffentlichen Recht angesehen, also insbesondere die Natur der versprochenen Leistungen. Ergänzend wird hierbei auch der Vertragszweck, das mit ihm verfolgte Ziel berücksichtigt, was aber niemals für sich allein ausschlaggebend ist[311].

cc) Zusammenfassung

Sieht man einmal von dem nur verbalen Aufrechterhalten der früheren Auffassung durch den V. Senat des Bundesgerichtshofs ab, so läßt sich die Rechtsprechung insgesamt etwa folgendermaßen charakterisieren:

Unter "Gegenstand" wird der im Vertrag geregelte Sachverhalt verstanden. Hat dieser in der gesetzlichen Ordnung eine öffentlich-rechtliche Regelung erfahren, so ist auch der Vertragsgegenstand und damit der Vertrag öffentlich-rechtlich. Unter "Sachverhalt" ist dabei zweckmäßigerweise nicht der Lebensvorgang mit allen Facetten und Verästelungen, sondern nur seine Grundstruktur zu verstehen. Nur dann erweist sich nämlich dieses Einordnungskriterium als sinnvoll; ansonsten könnte mit seiner Hilfe nur der gesetzlich ausdrücklich vorgesehene öffentlich-rechtliche Vertrag bezeichnet werden. So wird es aber ganz offensichtlich nicht verstanden, wie ein Blick auf die von der Rechtsprechung bis jetzt behandelten Beispiele zeigt. Zur weiteren Konkretisierung insbesondere im gesetzlich nicht normierten Bereich greift die Rechtsprechung auf die Rechtsnatur der versprochenen Leistungen zurück, wobei die öffentlich-rechtliche Leistung der Behörde einerseits nicht im Vertrag selbst in synallagmatischer Verknüpfung mit der Leistung des Bürgers stehen muß und andererseits aber dem gesamten Vertrag seine Rechtsnatur aufprägt. Im übrigen wird auf den engen Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Rechten und Verpflichtungen abgestellt.

310) Vgl. a. BVerwGE 25, 299; MDR 1976, 874
311) Vgl. BVerwG MDR 1976, 874 mwN

b) Literatur

Die Fülle der literarischen Äußerungen zum Thema öffentlich-rechtlicher Vertrag ist fast uferlos[312]. Da dabei die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag eine der zentralen Fragen darstellt, läßt dieses Thema auch kaum einer der Autoren unbehandelt. Die Mehrzahl bemüht sich darüberhinaus, das schwer in den Griff zu bekommende Problem durch einen eigenen Lösungsansatz voranzutreiben. Angesichts dieses Tatbestandes muß es von vorneherein aussichtslos erscheinen, die Literatur systematisch zu erfassen. Bei der Systematisierung einer derartigen Meinungsvielfalt bestünde die Gefahr, daß dem einen oder anderen Autor Gewalt angetan würde, nur um ihn in eines der vorgegebenen Schemata einzupassen.

Die folgende Übersicht beschränkt sich daher auf die axiomatische Darstellung der verschiedenen Meinungsströme und verzichtet auf eine detaillierte Auseinandersetzung mit jeder veröffentlichten Ansicht.

aa) Untaugliche bzw. unzulängliche Definitionsversuche

Die eingangs dieses Abschnitts aufgestellte Behauptung, die Anknüpfung an den Vertragsgegenstand sei Grundlage der fast allgemeinen Meinung, bedarf an dieser Stelle schon einer konkretisierenden Einschränkung. Diese Aussage trifft nämlich nur insoweit zu, als damit angezeigt wird, daß als Ausgangspunkt der Fragestellung einige bestimmte Kriterien - wie Rechtscharakter der Vertragsparteien, Vertragsform, Wille der Parteien u.a. - n i c h t in Betracht kommen. Mit dem Bekenntnis zur "Gegenstandslehre" wird also mehr eine negative Aussage getroffen, als eine positive Bestimmung dessen, was den Gegenstand denn nun ausmacht[313].

312) Eine nur einigermaßen vollständige Zusammenstellung müßte mit ca. 150 Titeln rechnen!
313) Ebenso Weiß, 11 f

Oftmals folgen diesem Bekenntnis Ausführungen, die einer näheren Untersuchung nicht standhalten. Eine beliebte Konkretisierung des Gegenstandes besteht darin, daß er dann als öffentlich-rechtlich angesehen wird, wenn die R e c h t s w i r k u n g e n öffentlich-rechtlich sind[314].

Diese Ansicht erliegt jedoch einem Zirkelschluß. Denn mit der Untersuchung der Frage, ob ein Vertrag öffentlich-rechtich oder privatrechtlich ist, wird gerade eine Entscheidung über die mit seinem Abschluß verknüpften Rechtswirkungen getroffen. Die genannte Auffassung macht aber dann das Ergebnis der Argumentation zu ihrem Inhalt und ist daher unbrauchbar[315]. Von gleicher Qualität wäre etwa die Aussage, daß ein Vertrag dann öffentlich-rechtlich ist, wenn eine Klage aus ihm vor dem Verwaltungsgericht zu erheben wäre[316], oder wenn ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts durch ihn begründet wird[317].

Wenn hier der Mangel der Argumentation noch relativ offen zutage liegt, so fällt eine entsprechende Beurteilung bei anderen Äußerungen schon schwerer. Die Aussage, daß ein Vertrag dann öffentlich-rechtlich sei, wenn er seitens der Behörde abgeschlossen wurde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen[318], ist angesichts der ausdrücklichen Regelung in § 54 S.2 VwVfG sicher richtig. Es ist aber - und das verkennt wohl auch der zitierte Autor nicht - keine vollständige Konzeption für die Abgrenzung. Denn im nicht vornormierten Bereich kann diese Definition mangels Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß eines Verwaltungsaktes nicht weiterhelfen.

Nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist auch die These, daß beim Handeln eines Trägers hoheitlicher Verwaltung eine Ver-

314) So schon Layer, 19; aber auch Schmidt, 617, Konrad, 36 und Achterberg, 358; weitere Nachweise bei Kottke, 13 Fn. 43
315) Kottke, 13; Menger, Festschrift, 156
316) So aber Layer; allerdings geht er dabei wohl von einer ausdrücklichen gesetzlichen Zuweisung von Vertragsstreitigkeiten aus, 1916 gab es noch keine § 40 VwGO vergleichbare Generalklausel!
317) Steffen, 11
318) Eyermann/Fröhler § 40 Rn. 9

mutung für die Anwendbarkeit öffentlichen Rechts bestehe[319]. Jedoch kann diese - sicher widerlegbare - Vermutung allenfalls einen Ausgangspunkt bilden, von dem aus die Untersuchung erfolgen muß, ob öffentliches Recht den konkreten Fall tatsächlich bestimmt oder nicht. W i e aber bei dieser Untersuchung vorzugehen ist, ist damit noch nicht festgelegt[320].

Gleiches gilt für die Zuordnung des Vertrags nach dem Rechtscharakter der darin vereinbarten Berechtigungen und Verpflichtungen[321]; denn auch hier bleibt letztlich unbeantwortet, nach welchen Kriterien deren Rechtsnatur bestimmt werden soll.

Diese Aufzählung ist beispielhaft für vielfach in der Literatur anzutreffende Definitionsversuche, die das Problem letztlich nicht lösen, sondern nur verschieben.

bb) Hauptströmungen

Häufig entstehen jedoch auch Mißverständnisse, wenn es, wie allgemein, zu wenig Beachtung findet, daß bestimmte Argumente nur in Verbindung mit bestimmten Lösungsansätzen sinnvoll und verständlich sind. Zur Illustration ist zunächst hervorzuheben, daß bezüglich des Lösungsansatzes grundsätzlich zwei Lager in der Literatur zu unterscheiden sind:

(1) Die Gegenstandslehre im Sinne der Rechtsprechung

Zum einen gibt es die Gruppe derjenigen, die sich der Gegenstandslehre der Rechtsprechung anschließen[322] (Gruppe 1). Be-

319) Menger, Festschrift, 165; Achterberg, 358

320) Darüberhinaus gibt es sogar Stimmen, die prinzipiell dem besser ausgebildeten Privatrecht den Vorzug geben wollen: Imboden 1958! Zur sog. Vermutungsthese krit. a. Bachof, Festgabe, 11

321) Forsthoff, 280; Kopp § 54 Rn. 7

322) Seidel, 20; Ruppert, 30; Stern, VerwA 49 (1958), 155; Salzwedel, 90 f; Stern, AöR 84 (1959), 312; v. Campenhausen, 665; Braun/Rotberg § 54 Rn. 2; v.d.Groeben/Knack § 121 Rn. 3; Asam, 188 f; Maurer, VerwRecht, § 14 Rn. 10; Meyer/Borgs-Maciejewski § 54 Rn. 17; Erichsen/Martens, 232; Konrad, 31 ff; Kottke, 13; Klückmann, 98; Giehl, Art. 54 Anm. II 1 b; Eyermann/Fröhler § 40 Rn. 9-13; Rößler, 276 f; Stelkens/Bonk/Leonhardt, § 54 Rn. 35; Obermayer, 547

trachtet man die definitorischen Verknüpfungen ihrer Aussagen, so ergibt dies: Der Vertrag ist öffentlich-rechtlich, wenn sein Gegenstand öffentlich-rechtlich ist. Die damit entstehende Frage, wann der Gegenstand - gleichgültig, worin man ihn sieht - öffentlich-rechtlich ist, wird mit Hilfe der klassischen Abgrenzungstheorieren - Interessen-, Subjektions- und Zuordnungstheorie - beantwortet.

(2) Die klassischen Abgrenzungstheorien

Die andere Gruppe (Gruppe 2) verwirft die Gegenstandslehre teilweise ausdrücklich[323] oder geht der Sache nach anders vor[324], trotz eventuell vorhandener Berufung auf sie[325], und knüpft unmittelbar an den Vertrag an. Bei den Vertretern dieser Gruppe heißt dann die Definition: Der Vertrag ist dann öffentlich-rechtlich, wenn er nach der jeweils vertretenen Abgrenzungstheorie - Interessen-, Subjektions- und Zuordnungstheorie - dem öffentlichen Recht angehört.

Während also die Gruppe 1 im Fall des vornormierten Sachverhalts überprüft, ob die bestehenden Normen solche des öffentlichen oder solche des Privatrechts sind, was in der Regel keine großen Schwierigkeiten bereitet, versucht die Gruppe 2 den Vertrag selbst ohne Zwischenschaltung eines irgendwie gearteten Gegenstandsbegriffs einzuordnen.

Auf der Grundlage dieser Ansatzunterschiede werden nun Argumente vorgebracht, die sich zwar isoliert gesehen widersprechen und somit nicht beide richtig sein können, die aber bei Berücksichtigung des jeweiligen systematischen Hintergrundes zumindest als systemkonform zu bezeichnen wären. Die Subjektionstheorie, so argumentieren z.B. Vertreter der Gruppe 2, sei für die Abgrenzung öffentlich-rechtlicher/privatrechtlicher Vertrag ungeeignet, da das Wesensmerkmal des Vertrages gerade die Koordination der Vertragspartner und nicht die Unterordnung des einen unter den anderen

323) Rebhahn, 140; Beinhardt, 242 ff.; Menger, Festschrift, 164; ders., VerwA 64 (1973), 204; Bettermann, 445; v. Mutius, 205; Wolff/Bachof, § 44 II a 1
324) Bisek, 18 ff.
325) Ule/Laubinger § 67 (S.325 ff)

sei[326]. Das ist sicher richtig, wenn man den Vertrag selbst als Anknüpfungspunkt betrachtet. Richtig ist aber auch, daß es darauf unter Umständen gar nicht ankommt, wenn man nämlich, wie die Vertreter der Gruppe 1, die Über/Unterordnung nicht auf das konkrete Vertragsverhältnis, sondern auf die gesetzliche Normierung bezieht, die der im Vertrag geregelte Sachverhalt sonst in der Rechtsordnung gefunden hat[327].

Ein weiteres Beispiel ist die vielfach zum Ausdruck kommende Unterstellung, bei der Gegenstandstheorie handle es sich um eine weitere, n e b e n die klassischen Abgrenzungstheorien tretende Definition[328]. Dieser Auffassung kann nur bedingt zugestimmt werden. Die Anhänger der Gegenstandstheorie können, wie oben gezeigt wurde, auf die weitere Abgrenzung nach den klassischen Theorien genausowenig verzichten, wie die Vertreter der Gruppe 2. Unterschiedlich ist lediglich der Bezugspunkt für die Anwendung der Theorien: Für die Gruppe 1 ist dies die gesetzliche Ordnung, für die Gruppe 2 der Vertrag selbst. Gegenstandstheorie und klassische Theorien stehen also nur insoweit im Gegensatz, als sie einen unterschiedlichen Ansatz repräsentieren. Ansonsten stehen sie jedoch in einem Ergänzungsverhältnis[329].

(a) Die Interessentheorie

Verfolgt man die hier angenommene Zweiteilung der Literatur etwas weiter, so wird deutlich, daß die Gruppe 2 im wesentlichen aus zwei Grundströmungen besteht: Die erste[330] stellt darauf ab, ob der Vertrag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und damit dem ö f f e n t l i c h e n I n t e r e s s e dient, mit diesem eng verknüpft ist oder sonst öffentliche Interessen tangiert.

326) Menger, Festschrift, 153 ff; Bisek, 23 f; Beinhardt, 242 f; u.a.
327) Salzwedel, 90 ff; Bosse, 21 Fn.7; Konrad, 48
328) v.d.Groeben/Knack § 121 Rn.3.1; Schulze, 60; Rüfner, 421; Rebhahn, 140; und sogar BT-DrS. 7/910,78!
329) Ebenso Konrad, 34 f; Menger/Erichsen, VerwA 56 (1965), 279;
330) Speiser, 14; Kriebel, 767; Rupp, JuS 1961, 59 ff; Apelt, Vertrag, 129

Diese Auffassung hat den Vorzug größtmöglicher Flexibilität, wirkt aber auf dem Hintergrund der Tatsache, daß letztlich alles Handeln der öffentlichen Hand vom öffentlichen Interesse bestimmt wird, etwas konturenlos[331].

(b) Die vordringende Zuordnunglehre

Die zweite, sehr mächtige Strömung wird gerne als auf Wolff[332] zurückgehend dargestellt[333], ist aber zumindest für den Vertragsbereich andeutungsweise schon früher anzutreffen[334]. Es handelt sich dabei um die gemeinhin als neuere Subjektstheorie bzw. Zuordnungslehre[335] apostrophierte klassische Abgrenzungstheorie, in einer speziell auf die Vertragsproblematik zugeschnittenen Form[336]. Diese Theorie besagt, daß das öffentliche Recht der Inbegriff derjenigen Rechtssätze sei, deren verpflichtetes oder berechtigtes Subjekt notwendig und ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist[337]. Übersetzt für die Erfassung des öffentlich-rechtlichen Vertrages: Öffentlich-rechtlich ist ein Vertrag, wenn in ihm Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben werden, deren Träger nicht jedermann, sondern notwendig nur ein Subjekt hoheitlicher Gewalt sein kann[338]. Als gedankliches Hilfsmittel soll dabei der Vertragsinhalt als verobjektivierte[339] Norm gedacht werden. Wäre diese Norm dem öffentlichen Recht zuzurechnen, so läge ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor[340].

331) Vgl. Erichsen/Martens, 233; Bachof, Festgabe, 6; Bisek, 19 ff mit eingehender Kritik auch der verschiedenen Spielarten dieser Abgrenzungsmethode
332) AöR 76(1950), 205
333) Menger, Festschrift, 160 ff
334) Jedlička, 21; Kohl, 22-26
335) Gegen die Bezeichnung Sonderrechtstheorie: Bachof, Festgabe,1 ff
336) Wolff/Bachof, § 44 II a 1; v. Mutius, 205; Menger, VerwA 64 (1973), 205; Ule/Laubinger, § 67; Bisek, 32 ff; wohl auch Bettermann, 445
337) Wolff/Bachof, § 22 II c
338) Wolff/Bachof, § 44 II a 1; Bisek, 32; v. Mutius, 205; so schon 1928 (!) Jedlička, 21
339) Bisek, 32 f
340) Bettermann, 445; Menger, Festschrift, 164; v. Mutius, 205; Bisek, 32

Obgleich man zunächst geneigt ist, die Geschlossenheit dieser Definition zu bewundern[341], so bleiben bei näherer Betrachtung doch Zweifelsfälle denkbar. Diese liegen zwar nicht dort, wo sie verschiedentlich[342] vermutet werden: Wenn kritisiert wird, daß der als Norm gedachte Vertragsinhalt stets öffentlich-rechtlich sein müsse, da dabei immer ein Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet werde, so wird verkannt, daß es um die n o t w e n d i g e Beteiligung eines Hoheitsträgers geht. An einem Beispiel mag dies verdeutlicht werden: Veräußert der Grundstückseigentümer X einen Grundstücksteil an die Gemeinde Y, so würde die verobjektivierte Rechtsnorm lauten: Der Verkäufer verpflichtet sich, die Sache an den Käufer zu übereignen, der Käufer verpflichtet sich, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. U n d n i c h t : Grundstückseigentümer X verpflichtet sich, an Gemeinde Y einen bestimmten Grundstücksteil zu übereignen, Gemeinde Y verpflichtet sich, den Kaufpreis zu bezahlen. Der verobjektivierte Rechtssatz wäre identisch mit § 433 BGB und daher privatrechtlich, der auf die Veräußerung gerichtete Vertrag - trotz Beteiligung der Gemeinde Y - privatrechtlich.

Veräußert X den Grundstücksteil dagegen beispielsweise zu einem Minimalpreis und gewährt die Gemeinde Y ihm dafür einen baurechtlichen Dispens, dann müßte die Norm folgenden weiteren Inhalt aufweisen: Wenn der Verkäufer einen Preisnachlaß in bestimmter Höhe gewährt[343], kann/darf/muß ihm der Käufer einen baurechtlichen Dispens erteilen.

Die weiter zu stellende und entscheidende Frage wäre dann: Muß der Käufer/Verkäufer notwendig ein Träger hoheitlicher Gewalt sein?

341) Menger, Festschrift, 162
342) Pestalozza, Formenmißbrauch, 181 und mit ihm Erichsen/Martens, 233, sowie Meyer/Borgs-Maciejewski, § 54 Rn. 21
343) Um dem Koppelungsverbot zu genügen, müßte die Zweckbindung des von der Gemeinde damit empfangenen Vorteils noch aufgenommen werden. Um die Sache nicht zu verkomplizieren und weil es vorliegend darauf auch nicht ankommt, wurde aber auf eine genaue Ausformulierung verzichtet.

Während dies für den Verkäufer ohne weiteres verneint werden kann - jedermann kann Grundstücke verkaufen -, so kann dies ebenso ohne weiteres beim Käufer bejaht werden, denn nur ein Träger hoheitlicher Gewalt kann Baudispense erteilen! Bei zutreffender gesamtheitlicher Betrachtung muß dies auch gelten, wenn die Gegenleistung der Behörde nicht im Vertrag selbst versprochen wurde, sondern nur aufgrund beidseits erkannter und beabsichtigter Verknüpfung mit den vertraglichen Leistungen des Bürgers erbracht wird[344].

Damit wird aber nun auch die wirkliche Schwäche der sogenannten Zuordnungstheorie deutlich: Werden seitens der Behörde hoheitsspezifische Leistungen erbracht, so wird die Einordnung nicht schwerfallen. Wie aber ist es, wenn Leistungsverschiebungen erfolgen, die von jedermann bewirkt werden können? Gedacht sei insbesondere an den Bereich der Subventionierung durch die öffentliche Hand. Hier werden oft Geldleistungen erbracht, was ohne Zweifel auch jeder Privatmann tun könnte. Übersetzt man hier nun den Vertragsinhalt, so müßte die Fragestellung schon - unter Umständen aber schwer abgrenzbaren - Bezug zu dem mit der Subventionierung verfolgten öffentlichen Zweck nehmen, um noch die Notwendigkeit der Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt begründen zu können[345]. Insbesondere kann kein Argument sein, daß die Verfügung über öffentliche Gelder notwendigerweise nur durch einen Hoheitsträger erfolgen kann; denn dann läge auch dem Grundstückskauf im ersten Beispiel ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zugrunde.

Es müssen also hier weitere Kriterien[346] eingeführt werden, wenn man nicht solche Verträge, in denen Jedermanns-Leistungen seitens der Behörde versprochen werden, einfach dem Privatrecht zuschlagen will. Mit der Einführung weiterer Kriterien wird aber die Geschlossenheit der Definition aufgegeben.

344) Vgl. o. BGH NJW 1972, 585

345) Vgl. a. das Beispiel bei Konrad, 51; für die Anknüpfung an den mit dem Vertrag verfolgten Zweck: Schmidt, 617; Beinhardt, 245 ff.; im gesetzlich nicht normierten Bereich außerdem: Giehl, Art. 54 II 1 b; Bosse, 28

346) Eventuell auch die Vermutungsthese: Meyer/Borgs-Maciejewski, § 54 Rn. 20

cc) Zusammenfassung

Ein Überblick über die Literatur zeigt, daß sich der überwiegende Teil die bereits dargestellte Rechtsprechung, das heißt also die sogenannte Gegenstandslehre, zu eigen macht. Innerhalb dieses Teils werden - das sei hier nachgetragen - eigene Lösungsansätze insbesondere für den Bereich des gesetzlich nicht vornormierten Sachverhaltes erarbeitet. Dort versagt, wie bereits ausgeführt, die Formel der Rechtsprechung. Wegen der prinzipiellen Vielfältigkeit der möglichen Vertragsregelungen in diesem Bereich bleiben auch die vorgeschlagenen Einordnungskriterien relativ weit formuliert und daher auch reichlich vage. Zu nennen wäre etwa die Anbindung an den Vertragszweck. Wenn der Vertrag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben[347] oder ganz allgemein öffentlichen Zwecken dient[348], dann soll er als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sein. Eine gewisse Eingrenzung dieser offenkundig zu weiten Formulierungen wird durch die Zwischenschaltung des Attributs "unmittelbar" versucht, aber wohl kaum erreicht[349].

Der zwar in der Minderheit befindliche, aber gleichwohl gewichtige andere Teil der Literatur, knüpft direkt an den Vertrag an und ordnet diesen anhand der klassischen, auch heute noch diskutierten Abgrenzungstheorien ein. Außer der für den Vertrag wohl nur von Salzwedel[350] vertretenen Subjektionstheorie, sind erwartungsgemäß sowohl Stimmen für die Interessentheorie, wie auch für die sogenannte Zuordnungslehre vorzufinden. Letztere hat sicher die gewichtigeren Vertreter aufzuweisen, ist aber ebenso wie die Interessentheorien nicht ganz unangreifbar.

c) Praktische Würdigung des Meinungsstandes

Wenn man als beste der vertretenen Auffassungen diejenige ansieht, die verspricht, die eindeutigsten und gleichmäßigsten und damit gerechtesten Ergebnisse zu bringen, so stehen sicher die

347) Bosse, 28; Kriebel, 767
348) Giehl, Art. 54 I 1 b
349) S.o.BGH VRspr. 24,498
350) Salzwedel liegt wohl in der Sache eher auf der Linie der Rspr.; allerdings irritiert die etwas verquere Formulierung S.90/91

überwiegend vertretene Gegenstandslehre und die Zuordnungslehre relativ gleichwertig nebeneinander. Beide werden im gesetzlich vornormierten Bereich aller Voraussicht nach gleiche Beurteilungen hervorbringen. Wenn sich dabei auch die Gegenstandslehre im hier verstandenen Sinn vielleicht im Einzelfall etwas flexibler erweisen wird, so versagt sie doch im gesetzlich nicht normierten Bereich ganz. Demgegenüber deckt die Zuordnungslehre auch hier weite Teile ab und findet ihre Grenze erst wieder an dem Fall, daß die Behörde Leistungen erbringt, die so von jedermann erbracht werden können. Zumindest diskutierwürdig wäre, ob dann nicht der öffentlich-rechtliche Bezug durch die Bestimmung des Vertragszwecks eruiert werden könnte. Im übrigen ist es aber sicher legitim, in einem derartigen Problemfall die gegebenen Bezugspunkte des Vertrags zum öffentlichen Recht in einer wertenden Betrachtung zur Grundlage der Entscheidung zu machen.

Wenn damit einem gewissen Methodensynkretismus das Wort geredet wird, so geschieht das in voller Absicht. Die vertretenen Abgrenzungstheorien werden nämlich in der Regel nicht wegen völliger Unbrauchbarkeit kritisiert. Anlaß zur Kritik gibt immer nur die Unbrauchbarkeit im Einzelfall, die anhand von Testbeispielen nachgewiesen wird. Einzelne Segmente des unterscheidungsbedürftigen Bereichs werden also von einer bestimmten Theorie nicht erfaßt. Derartigen Vorwürfen sind aber praktisch alle vertretenen Auffassungen ausgesetzt. Solange sich nun die von einer Theorie ausgesparten Segmente durch den Definitionsbereich einer anderen Theorie abdecken lassen, so ist - sofern nicht andere Einwände gegen die anzuwendenden Theorien bestehen - gegen einen kumulativen, u.U. auch probenartigen Einsatz beider Theorien nichts einzuwenden. Vorsicht wäre dann angezeigt, wenn eine Theorie ein abweichendes Ergebnis bringt und dies gerade auf einem kritisierten Aussageteil beruht. Wenn hiergegen eingewendet wird, daß der Methodensynkretismus dazu führen könne, daß dann eben das als "richtig" angesehene Ergebnis begründet wird[351], so wird damit die Funktion

351) Menger, Festschrift, 163

der Unterscheidungstheorien verkannt. Sie sollen nicht in begriffspositivistischer Weise eine für alle Zeiten gültige und jedem argumentativen Einwand entzogene technische Formel bilden; vielmehr sollen sie dem Praktiker ein Gerüst bieten, an dem er sich bei der w e r t e n d e n Beurteilung, ob die Grundsätze des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts anzuwenden sind, orientieren kann. Dieses Gerüst hat aus Gründen der Gleichbehandlung so präzise wie möglich zu sein, muß aber gleichzeitig aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit eine gewisse Flexibilität aufweisen.

Wenn dies dadurch erreicht wird, daß dieselbe Sache aus verschiedenen Blickwinkeln betrachtet wird - nichts anderes tun die zutreffenden der dargestellten Auffassungen - begegnet dies keinen prinzipiellen Bedenken. Wichtig ist lediglich, daß die angewandten Theorien in ihrer Kernaussage zutreffend und lediglich peripher mangelhaft sind, sie also mit Ausnahme des zur Kritik herangezogenen Testfalles die Mehrzahl der Fälle, den "Abgrenzungsnormalfall", bedenkenfrei lösen[352]. Daß es bei der Herausbildung einer Abgrenzungstheorie nicht um eine Begriffsbildung geht, die sozusagen mit naturwissenschaftlicher Gesetzmäßigkeit das - woran zu messende? - "richtige" Ergebnis produziert, zeigt schon die Tatsache, daß jeder Theorienkritiker, der gleichzeitig einen eigenen Lösungsweg vertritt, sofort seinen eigenen Kritiker findet. Dies gilt insbesondere im Bereich der allgemeinen Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Jeder Kritiker und Kritiker-Kritiker weist die Fehler bzw. Mangelhaftigkeit der kritisierten Theorie durch einen schnell produzierten Probefall nach, der "eindeutig" öffentlich-rechtlich/privatrechtlich zu beurteilen, nach der kritisierten Theorie aber gerade im anderen Rechtsbereich anzusiedeln wäre. Es wird damit so getan, als ob eine genaue Kenntnis dessen, was das öffentliche Recht/Privatrecht ausmacht, bereits vorhanden sei und diese Kenntnis lediglich noch formelhafter Niederlegung bedurfte. Woher diese Kenntnis aber stammt, daß sie letzlich aus einer wertenden Betrachtung darüber resultiert, was unter Berücksichtigung der damit verknüpften Rechtsfolgen sinn-

352) v. Münch, 19

vollerweise dem öffentlichen Recht zu unterwerfen ist, wird selten bis nie ausgesprochen. Der hier vorgeschlagene Methodensynkretismus ist daher nichts anderes als die Anwendung bereits vorgedachter Wertungen, die selbst jeweils unter verschiedenen Blickwinkeln vorgenommen wurden.

D. Die Einordnung des Umlegungsvertrags

Nach diesen grundlegenden Ausführungen bereitet die Zuordnung des Umlegungsvertrags zum öffentlichen oder zum Privatrecht keine besonderen Schwierigkeiten mehr. Sein Gegenstand und damit er selbst ist eindeutig öffentlich-rechtlich[353], da der in ihm durch Vereinbarung geregelte Sachverhalt bereits im Rahmen des Bundesbaugesetzes eine ausführliche ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e Normierung gefunden hat. Wie erinnerlich, kommt es dabei nicht auf die genaue Identität von gesetzlicher und vertraglicher Regelung an. Ausreichend ist es vielmehr, wenn das Grundmuster, der allgemeine Lebenssachverhalt, eine gesetzliche Würdigung gefunden hat. Dieser ist bei beiden aber insofern identisch, als es beidesmal um die Schaffung baureifer Grundstücke durch Vereinigung und Neuaufteilung der bestehenden geht.

Dieses Ergebnis dürfte auch bei Berücksichtigung der oben erwähnten verschiedensten Literaturmeinungen nicht zweifelhaft sein, da es um die Einteilung eines Vertrages im gesetzlich vornormierten Bereich geht und die Vielfalt der Meinungen demgegenüber insbesondere im n i c h t gesetzlich vornormierten Bereich auseinanderstrebt.

Wenn dagegen Baur[354] lauter privatrechtliche Tauschgeschäfte annimmt, verkennt er nicht nur den komplexen Charakter des

353) Ebenso Bielenberg, 551 Fn.87; aA Baur, Festschrift, 84
354) AaO

Umlegungsvertrags, dessen Ziel weit über den bloßen Grundstückstausch hinausgeht - indem er nämlich Teil einer planerischen Konzeption ist - und dem man daher schwerlich durch eine Aufteilung in lauter Einzelgeschäfte gerecht wird; er übergeht damit auch die Unterscheidungskriterien der herrschenden Lehre und Rechtsprechung und orientiert sich anscheinend am Vertragstyp. Daß es sich hierbei aber um kein geeignetes Abgrenzungskriterium handelt, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt[355].

Auch die Tatsache, daß durch den Umlegungsvertrag von der gesetzlichen Ordnung des Bundesbaugesetzes abweichende Vereinbarungen getroffen werden, belegt seinen öffentlich-rechtlichen Charakter, denn, wie oben ausgeführt wurde[356], können derartige Abweichungen nur mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag getroffen werden. Abweichend von der gesetzlichen Regelung entfällt nicht nur ein hoheitliches Eingreifen der Behörde zur Zielverwirklichung, was eine Rechtsschutzverlagerung für den Bürger bedeutet; es werden auch in nicht geringem Umfang einzelne Regelungen - wie z.B. die Kostenfrage, die Höhe des Flächenbeitrags etc. - modifiziert.

Schließlich zeigt auch die probenhafte Anwendung der starken Mindermeinung in der Literatur, der sogenannten Zuordnunglehre[357], kein anderes Ergebnis. Denn ganz offensichtlich würde die Umsetzung des Vertragsinhalts in eine Norm der Umlegungsregelung des Bundesbaugesetzes und daher einer öffentlich-rechtlichen Norm entsprechen. Es sei dabei nochmals wiederholt, daß es auch hier nicht auf eine nuancengenaue Identität von Vertragsinhalt und bestehender Norm ankommt; der Wert der vertraglichen Regelung liegt ja gerade in ihrer Flexibilität gegenüber der gesetzlichen Regelung. Vielmehr genügt entsprechend den obengemachten Ausführungen das Vorhandensein einer öffentlich-rechtlichen Erfassung des Sachverhalts-g r u n d m u s t e r s.

Verfehlt wäre es, den Umlegungsvertrag als eine Summe von Grundstückstausch-Verträgen anzusehen und damit vom Austausch

355) S. C. II.2.a)aa) (1) (e)
356) S. B. II.2.b)cc)
357) S. C. II.2.b)bb) (2) (b)

von Jedermanns-Leistungen auszugehen. Denn bei gebotener ganzheitlicher Betrachtung[358] zeigt sich, daß die von der Gemeinde erwartete und auch zu erbringende Gegenleistung die B e p l a n u n g der Grundstücke und damit in Wahrheit eine hoheitsspezifische Leistung ist.

Entgegen anderslautender - allerdings meist nicht näher begründeter Auffassungen[359] - ist der Umlegungsvertrag dem öffentlichen Recht zuzuordnen, was die zu Beginn des Kapitels dargelegten Besonderheiten mit sich bringt. Zu nennen wäre insbesondere die Geltung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, dessen Auswirkungen im Einzelfall im nächsten Kapitel näher betrachtet werden sollen.

358) S. C. II.2.a)aa) (2)
359) S. Fn. 170

FÜNFTES KAPITEL

Ausgewählte Einzelprobleme

A. Die gesetzliche Begrenzung des Flächenbeitrags

I. Die Problematik

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, regelt das Gesetz in den §§ 56 - 58 BBauG zwei mögliche Maßstäbe für die Neuverteilung der Umlegungsfläche: Den Wertmaßstab (§ 57) und den Flächenmaßstab (§ 58).

Wird der Wertmaßstab angelegt, so erhält der Eigentümer ein Grundstück zugeteilt, das w e r t m ä ß i g dem von ihm zunächst eingeworfenen entspricht (§ 57). Erfährt es durch die Umlegung eine Wertsteigerung, so bedeutet dies, daß das neue Grundstück f l ä c h e n m ä ß i g kleiner ist,als das eingeworfene, da nur so die Wertgleichheit erreicht werden kann.

Erfolgt die Umlegung nach dem Flächenmaßstab, so wird der Zuteilungsanspruch des Eigentümers nach dem Verhältnis der F l ä c h e n errechnet, in dem sie vor der Umlegung zueinander standen. Die aus der Umlegung erwachsenden Vorteile werden dabei durch den sogenannten Flächenbeitrag erfaßt, der auf Verlangen der Gemeinde von der Einwurfsfläche abgezogen wird (§ 58 Abs.1 S.1). Allerdings ist der Flächenbeitrag in erstmals erschlossenen Gebieten auf 30% und in anderen Gebieten auf 10% begrenzt (§ 58 Abs. 1 S.2) und auch der Flächenabzug nach § 55 Abs. 2 für die örtlichen Verkehrsflächen wird darauf angerechnet (§ 58 Abs. 2).

Geht nun die Gemeinde den Weg der freiwilligen Umlegung und wählt sie - wie es zumindest in Südwestdeutschland fast ausschließlich der Fall ist - den Flächenmaßstab, so stellt sich die Frage, ob die gesetzlich vorgesehene 30%- bzw. 10%-Marke als

Obergrenze des unentgeltlichen Flächenbeitrags auch dann zu beachten ist. Insbesondere die Praxis des "Stuttgarter Modells" zeigt ja, daß diese Grenze vielfach überschritten wird. Teilweise werden die über 30%/10% hinausgehenden Abzüge zwar durch Geldentschädigungen ausgeglichen, diese liegen aber zum Teil unter dem Verkehrswert. Neuere Tendenzen weisen aber auch insoweit zur Unentgeltlichkeit, da insbesondere der finanzielle Druck im Sozialwohnungsbau dazu zwingt, ständig neue Mittel und Wege zur Kostensenkung zu finden. Dort nämlich - im sozialen Wohnungsbau - soll nach den Intentionen der Väter des "Stuttgarter Modells" die aus dem erhöhten Flächenbeitrag der Gemeinde zufließende Baufläche eingesetzt werden. Jedoch neigt auch hier die Praxis in jüngster Zeit mehr und mehr dazu, mit Hilfe dieses zusätzlichen Reservoirs den öffentlichen Bedarf an Gemeinflächen ganz allgemein zu befriedigen. Die Frage nach der Zulässigkeit derartiger erhöhter Flächenbeiträge hat demnach besondere praktische Relevanz.

II. Die Disponibilität des § 58 Abs.1 S.2 BBauG

Nach den Ausführungen im vergangenen Kapitel handelt es sich beim freiwilligen Umlegungsvertrag um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, der in seiner inhaltlichen Ausgestaltung dem Vorrang des Gesetzes unterliegt. Dabei war weiter festgestellt worden, daß nicht schon das Bestehen einer gesetzlichen Regelung an sich einen maßgebenden Einfluß auf den Vertragsinhalt ausüben kann, sondern daß es sich zusätzlich um eine zwingende Norm handeln muß, die keine Abweichung von ihrem Regelungsgehalt erlaubt. Entscheidend ist also zunächst, ob § 58 Abs. 1 S.2 BBauG in diesem Sinne zwingenden Charakter hat oder nicht.

1. Allein nach dem Wortlaut

   Schon die Wortwahl

   "Der Flächenbeitrag d a r f in Gebieten, die erstmalig erschlossen werden, nur b i s z u 30 v.H. in anderen Gebieten nur b i s z u 10 v.H. der eingeworfenen Fläche b e t r a g e n ."(Hervorhebungen nicht im Original)

und die Funktion einer numerischen Begrenzung deuten darauf hin,

daß es sich nicht um eine Vorschrift handeln kann, die der Disposition der Gemeinde unterliegt[360]. Könnte diese Grenze des Flächenbeitrags beliebig überschritten werden, wäre ihre Errichtung im Gesetz vollkommen sinnlos.

2. Notwendige weitere Überlegungen

Mit dieser Feststellung ist allerdings nicht viel für die Beantwortung der eingangs gestellten Frage gewonnen. Denn sie kann so nur für das Vorgehen im Rahmen des gesetzlichen Verfahrens Gültigkeit beanspruchen. Wieweit damit die Handlungsfreiheit der Gemeinde auch im freiwilligen Umlegungsverfahren beschränkt wird, bedarf weiterer Überlegungen[361].

a) Bildet § 58 Abs.1 S.2 BBauG die Grenze zur Enteignung?

In einem - nicht veröffentlichten - juristischen Gutachten über einen freiwilligen Umlegungsvertrag war einmal zu lesen, daß die in § 58 Abs. 1 S.2 BBauG errichtete Grenze die Linie zwischen der Enteignung und der Sozialbindung des Eigentums darstelle und daher nicht - auch nicht vertraglich - überschritten werden dürfe.

Auch in einem Vortrag Baur's vor der Karlsruher Juristischen Gesellschaft 1979 war davon die Rede, daß die Entschädigung des über 30% hinausgehenden Abzugs unter Verkehrswert wohl ein Mittelding zwischen Sozialbindung und Enteignung (qua Vertrag??!) darstelle, was ebenfalls darauf schließen läßt, daß auch hier § 58 Abs. 1 S.2 BBauG als Grenze angesehen wurde, jenseits der eigentlich die Enteignung beginnen würde[362].

In diesem Sinne käme also der Regelung des Bundesbaugesetzes über den eigentlichen, unmittelbaren Geltungsbereich hinaus Bedeutung zu. Dieses Postulat kann jedoch aus mehreren Gründen nicht als richtig anerkannt werden.

360) Brügelmann/Stahnke, § 58 Anm. 2 e
361) Ebenso Baur, Festschrift, 82
362) In der umgearbeiteten Fassung des Vortrags, der als Vorlage für den mehrfach zitierten Beitrag Baur's in der Festschrift für Otto Mühl diente, erscheint diese These allerdings nicht mehr.

aa) Relevanz für die vertragliche Umlegung

Es ist schon fraglich, ob diese Argumentation überhaupt schlüssig ist, d.h. also, ob sie bei Zugrundelegung ihrer eigenen Prämisse zu einem nachvollziehbar richtigen Ergebnis führt. Denn selbst wenn man davon ausginge, daß § 58 Abs. 1 S.2 BBauG tatsächlich den Übergang von der Sozialbindung zur Enteignung markiert, könnte damit doch noch nicht ohne Einschaltung weiterer Argumente geschlossen werden, daß dies auch für eine vertragliche Vereinbarung zwingend zu berücksichtigen wäre. Die Enteignung setzt begrifflich den einseitigen, hoheitlichen Eingriff voraus, entfiele also bei einer zweiseitigen Vereinbarung als geeigneter Terminus[363]. Niemand käme auf die Idee, bei Abschluß eines Kaufvertrages zwischen Eigentümer und Gemeinde zur Abwendung der Enteignung - sogenannter Enteignungsvertrag - noch von einer Enteignung im technischen Sinn zu sprechen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu in seinem Urteil vom 19.12.1957[364] ausgeführt: "Die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie und damit die Einschränkung der Zulässigkeit der Enteignung sowie die Eröffnung des Rechtsweges für den Streit über die Höhe der Entschädigung soll, wie sich aus der geschichtlichen Entwicklung dieser Institute, vor allem dem Begriff der klassischen Enteignung als dem Ausgangspunkt der Entwicklung ergibt, dem Schutz des Eigentums vor bestimmten Eingriffen dienen. Dieser gesetzgeberische Gedanke trifft aber nicht zu auf Maßnahmen, mit denen der Eigentümer einverstanden ist, oder die gar seinem Wunsche entsprechen. Denn solange die Verfügungsbefugnis des Eigentümers vorhanden und gewährleistet ist, besteht kein Anlaß, den Eigentümer vor solchen Maßnahmen, also gleichsam vor sich selbst, zu schützen. In solchen Fällen hat es der Eigentümer auch stets selbst in der Hand, sich den Vorteil der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie dadurch zu verschaffen, daß er seine Zustimmung zu der Maßnahme verweigert oder seinen Wunsch nach derselben zurückzieht und so den

363) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 14 GG Rn. 71; BVerwGE 6, 79,83
364) BVerwGE 6, 78, 83

Hoheitsträger zwingt, die Maßnahmen als Enteignung und damit im Rahmen des Art. 14 GG durchzuführen."

bb) Verhältnis von Umlegung und Enteignung

Aber selbst wenn man diesen Gesichtspunkt einmal beiseite läßt, müßte die oben angeführte Argumentation als unzutreffend abgelehnt werden. Sie ist nämlich auch sachlich unrichtig.

(1) Rechtsprechung

Bereits 1954 befaßte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der seit altersher[365] umstrittenen und zweifelhaften Frage, ob die Umlegung eine Enteignung beinhalte[366]. Das Gericht verneinte dies mit der Begründung, das Kennzeichen der Enteignung sei der Interessengegensatz zwischen Eigentümer und Allgemeinheit. Bei der Umlegung jedoch seien die Interessen gleichgerichtet, da sie nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch der Betriebsverbesserung[367] diene. Dies gelte auch, soweit Flächenabzüge vorgenommen werden, da dies grundsätzlich nur zur Bereitstellung von Land für gemeinschaftliche und öffentliche Anlagen geschehe (§ 51 RUO).

Wenn diese Entscheidung auch zur landwirtschaftlichen Umlegung erging, so ist die Parallele zu den Verkehrsflächenabzügen der städtischen Umlegung doch erkennbar. In einem wenige Monate später ergangenen Beschluß wendet das Bundesverwaltungsgericht denn diese Grundsätze auch für die Baulandumlegung an[368] und hält konsequenterweise ein Jahr darauf die Abzüge für eine Autobahn als nicht mehr im Interesse der konkret Betroffenen liegend und dementsprechend für eine entschädigungspflichtige Enteignung[369].

365) Vgl. Erstes Kapitel
366) BVerwGE 1, 225
367) Es ging um eine landwirtschaftliche Betriebsverbesserung nach der Reichsumlegungsordnung
368) BRS 4, 70, 71
369) BVerwGE 3, 156, 157; ebenso OVG Münster NJW 1959, 2034

Mit dieser Definition war nun aber allenfalls der Abzug der Verkehrsflächen erfaßt, sie rechtsfertigte aber noch nicht den Flächenbeitrag zur Abschöpfung der Umlegungsvorteile. Damit befaßte sich grundlegend der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 3.3.1958[370]. Die Möglichkeit, an einer Umlegung teilnehmen zu müssen, hafte jedem Grundstück von vorneherein an. Im Falle der Durchführung werde daher dem jeweiligen Eigentümer kein den Gleichheitssatz verletzendes Sonderopfer gegenüber allen anderen Eigentümern auferlegt[371]. Indem das Gericht Art. 14 GG auch als Wertgarantie ansah, führte es weiter aus, daß immer dann keine Enteignung gegeben sei, wenn der beteiligte Eigentümer eine w e r t g l e i c h e Abfindung in Land erhalte[372].

Dieser Auffassung schloß sich bald darauf auch das Bundesverwaltungsgericht an[373].

Das Bundesverfassungsgericht entschied dann 1964, daß die Abschöpfung des Umlegungsvorteils nicht gegen die Verfassung verstoße[374].

Die hier dargestellte Rechtsprechung, der sich auch die Literatur anschloß[375], zeigt, daß die Grenze zwischen Sozialbindung und Enteignung bei der Umlegung keineswegs dort verläuft, wo sie die eingangs erwähnten Stimmen vermuteten, sondern daß es sich um die der Einzelfallprüfung unterliegende Feststellung der wertgleichen Abfindung handelt. Diese Wertgleichheitsmarke kann sowohl ober-, wie auch unterhalb der 30% bzw. 10% des § 58 Abs. 1 S.2 BBauG liegen. Eine Enteignung kann also auch dann schon vorliegen, wenn dieser Rahmen gar nicht ausgeschöpft wird, je nachdem wie hoch der Umlegungsvorteil einerseits und der Flächenbeitrag andererseits ist. Daß die Höhe der Wertsteigerung im Einzelfall wegen der meist damit einhergehenden, nicht abzugsfähigen Planungsvorteile schwer festzustellen ist und daß daher die gesetzliche Festlegung der

370) BGHZ 27, 15 ff
371) BGHZ 27, 23 f
372) Nochmals bekräftigt in BGHZ 31, 49
373) BVerwGE 12, 1, 6
374) BVerfGE 18, 274
375) Brügelmann/Stahnke, § 58 Anm. 2 e; Schütz/Frohberg § 58 Anm. 1; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 45 Rn. 11

Höchstgrenzen eine gewisse Vermutungswirkung entfaltet, mag für die Praxis interessant, hier aber dahingestellt sein, da für die Rechtfertigung einer derartigen Vermutung nach der obigen Rechtsprechung keinerlei Anhaltspunkte gegeben sind[376].

(2) § 58 Abs. 2 BBauG

Auch die Tatsache, daß das Gesetz in § 58 Abs. 2 BBauG ein Überschreiten der 30%-bzw. 10%-Grenze nur gegen einen Geldausgleich vorsieht, führt zu keiner anderen Betrachtung. Dieser Geldausgleich mag zwar als Enteignungsentschädigung mißverstanden worden sein und daher auch Anlaß zu den angeführten Meinungen über den Zusammenhang zwischen der prozentualen Grenze in § 58 Abs. 1 Satz 2 BBauG und den Beginn der "Enteignungszone" gewesen sein; nach der oben angeführten Rechtsprechung läßt sich jedoch diese Interpretation nicht mehr aufrecht erhalten. Weit wahrscheinlicher ist es, daß mit der zahlenmäßigen Bestimmung des möglichen Flächenabzugs/-beitrags eine Linie markiert werden sollte, jenseits der ein weiteres Zur-Verfügung-Stellen von Grundfläche ohne entsprechenden Geldausgleich als u n z u m u t b a r angesehen wurde.

(3) Gesetzesmaterialien

Die Gesetzesmaterialien geben allerdings über die entsprechenden Absichten des Gesetzgebers keine Auskunft. In der Begründung zum Regierungsentwurf eines Bundesbaugesetzes[377] heißt es lediglich lapidar:"Die Höhe dieser im Entwurf festgelegten Hundertsätze ist nach Erfahrungen bestimmt." Mit diesen "Erfahrungen" sind wohl die vor Erlaß des Bundesbaugesetzes geltenden landesrechtlichen Bestimmungen gemeint gewesen, die ebenfalls schon Flächenabzüge im weiteren Sinne vorsahen.

Bei näherer Betrachtung stellt man jedoch fest, daß die Höhe der dortigen Abzüge durchaus unterschiedlich bemessen war. Sie reichte

376) So aber BVerwGE 12, 1, 7
377) BT-DrS. 3/336, 78

von 25%[378] bis 50%[379] und hatte dazuhin auch eine andere Funktion. Da zu diesen Zeiten die Verkehrsflächen noch in vollem Umfang und ohne die in § 55 Abs. 2 BBauG vorgesehene Begrenzung auf die "örtlichen Erschließungsflächen" einbehalten werden konnten, bedurfte es einer summenmäßigen Festlegung[380]. Die Übernahme dieser Grenze in das Bundesbaugesetz erscheint demgegenüber willkürlich und ist wohl auch nicht mit dem Zumutbarkeitsargument zu rechtfertigen. Betrachtet man nämlich den anderen gesetzlich geregelten Verteilungsmaßstab - die Verteilung nach Werten - so fällt auf, daß hier ein derartiger Begrenzungsfaktor fehlt. Hier wird lediglich der Grundstückswert vor und nach der Umlegung festgestellt und bei einer Wertsteigerung ein entsprechend kleineres Grundstück zugeteilt. Geht die Wertsteigerung über 30%/10% hinaus, so erfolgt ein demgemäß großer Abzug, ohne daß eine zahlenmäßige Grenze zu beachten wäre[381].

b) Freiwilligkeit

Die damit hervortretende systematische und funktionelle Fragwürdigkeit der Beitragsobergrenze stellt ansich das stärkste Argument gegen den über das gesetzliche Umlegungsverfahren hinausreichenden zwingenden Charakter des § 58 Abs. 1 S.2 BBauG dar[382]. Die dadurch fast zufallsähnliche Schutzfunktion gegenüber weitergehenden Eingriffen der Gemeinde muß in dem Moment entfallen, in dem der betroffene Eigentümer auf sie freiwillig verzichtet, wie dies bei einer vertraglichen Einigung der Fall ist. Eine Belastung kann dann nicht mehr als unzumutbar bezeichnet werden, sobald der Duldende sie selbst und aufgrund freier Willensentschließung auf sich nimmt. Nicht umsonst führt das bereits oben zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus, daß "kein Anlaß (besteht), den Eigentümer .... gleichsam vor sich selbst zu schützen", solange seine Verfügungsbefugnis vorhanden und gewährleistet ist[383].

378) § 7 preußisches Wohnungsgesetz v. 28.3.1918
379) Kölner Umlegungsgesetz i.d.F.v. 28.3.1919
380) Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 58 Anm.9
381) Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 54 Anm.9
382) Der Regierungsentwurf zu einer Bundesbaugesetz-Novelle sieht denn auch den Wegfall dieser Obergrenze im Fall der "erweiterten Umlegung" vor BT-DrS. 9/746 § 79 b I, da nach dem ursprünglichen Verkehrswert zugeteilt wird. S. a. krit.:Dieterich, ZfBR 1982, 195, 197, 199
383) BVerwGE 6, 79, 83

Nicht in Frage gestellt werden soll, daß im Einzelfall trotz vorliegender vertraglicher "Einigung" ein erhöhter Flächenbeitrag wegen Sittenwidrigkeit die Nichtigkeit des Umlegungsvertrags bzw. der entsprechenden Regelung herbeiführen kann, insbesondere wenn die Gemeinde das Einverständnis der Eigentümer unter Ausnutzung ihrer faktischen Übermacht "erzwingt". Das ist aber in jedem Fall unter Berücksichtigung aller Umstände gesondert festzustellen und berührt die vorliegende Frage nach der generellen Zulässigkeit eines über 30%/10% hinausgehenden Flächenbeitrags nicht.

c) Keine Grenze beim Wertmaßstab

Dieses Ergebnis wird noch dadurch gestützt, daß es der Gemeinde auch im Rahmen eines gesetzlichen Verfahrens freisteht, den Wertmaßstab zu wählen und damit den Umlegungsvorteil in voller Höhe abzugsfähig zu machen. Die Entscheidung zwischen Flächen- und Wertmaßstab steht im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde[384]. Ob das Ermessen pflichtgemäß ausgeübt wurde, wird aber wohl mehr bei der Wahl des Flächenmaßstabes Gegenstand einer Untersuchung sein müssen, als bei der Wahl des Wertmaßstabes. Denn letztere dürfte nur selten ermessensfehlerhaft sein, da das Wirtschaftsgut Grundstück wohl am besten durch seinen Wert repräsentiert wird[385]. Es wäre daher nur schwer begreiflich zu machen, wenn im freiwilligen Umlegungsverfahren durch die zwingende Anwendung einer gesetzlichen Regelung ein Ergebnis herbeigeführt werden sollte, das schon im entsprechenden gesetzlichen Verfahren nicht widerspruchsfrei begründet werden kann[386].

384) Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 56 Rn. 4
385) Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 56 Rn. 4
386) Demgegenüber vertritt Baur, Festschrift, 81 die Auffassung, daß sich die Gemeinde dann den Vorschriften des Bundesbaugesetzes nicht entziehen könne, wenn sie selbst - wie hier als Regelfall angenommen - die Verfahrensträgerschaft übernimmt. Baur setzt sich damit aber in Widerspruch zu dem von ihm im selben Aufsatz aufgestellten Postulat, das Umlegungsrecht des Bundesbaugesetzes sei nur Ausdruck eines abgeleiteten Interesses und damit disponibel - s. Fn. 205). Es kann wohl kaum so sein, daß die inhaltliche Zulässigkeit des Umlegungsvertrags davon abhängen soll, ob die Gemeinde selbst als Verfahrensträger auftritt oder ob sie einen privaten Verfahrensträger einschaltet!

III. § 56 VwVfG

Einen weiteren Prüfstein für die Zulässigkeit des erhöhten Flächenbeitrags bildet § 56 VwVfG.

1. Anwendbarkeit

Der Leistung der Gemeinde - Durchführung der Umlegung - steht die Gegenleistung des Eigentümers - hier: Überlassung des Flächenbeitrags - gegenüber, es liegt also ein Austauschvertrag im Sinne des § 56 VwVfG vor.

Da der einzelne Bürger nach § 46 Abs. 3 BBauG keinen Anspruch auf die Durchführung einer Umlegung hat, ist lediglich Absatz 1 zu berücksichtigen (§ 56 Abs.2 VwVfG).

2. Tatbestand

Die sich hieraus ergebende Begrenzung der Gegenleistung des Eigentümers ist vierfach:

a) Zweckbindung der Gegenleistung

Der Flächenbeitrag muß einem bestimmten, im Vertrag vereinbarten Zweck dienen[387]. D.h. zum einen, daß die Verwendung nicht in das Belieben der Gemeinde gestellt sein darf und zum anderen, daß sie im schriftlichen Text des Vertrages festgehalten sein muß (§ 57 VwVfG).Der Verwendungszweck ist genau anzugeben, wobei allgemeine Floskeln nicht ausreichen[388].

Die Wendung "Der einbehaltene Flächenbeitrag wird zur Erfüllung der bodenwirtschaftlichen Verpflichtungen der Gemeinde verwandt", dürfte nicht genügend spezialisiert sein. Es wäre darzulegen, welcher Anteil der abgezogenen Fläche dem Sozialwohnungsbau zugeführt werden soll - beim "Stuttgarter Modell" - und wieviele Bauplätze im freihändigen Verkauf veräußert werden sollen. Unter Umständen sind

387) Darin unterscheidet sich die Situation der Gemeinde bei der freiwilligen Umlegung von derjenigen in der gesetzlichen Umlegung. Hier darf sie ohne Zweckbindung über den Flächenbeitrag verfügen, Bielenberg, 544

388) Meyer/Borgs-Maciejewski, § 56 Rn. 5

im letzteren Fall sogar die meist sozialen Kriterien anzugeben, nach denen die Bauplatzvergabe erfolgen soll.

Diese genaue Spezifizierung des Verwendungszwecks ist notwendig, da der Eigentümer einen Anspruch auf die Einhaltung dieser Verwendung hat[389] und sie ist der Gemeinde auch zumutbar, da der Flächenbeitrag nicht dazu dient, der Gemeinde auf dem Immobiliensektor eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit zu ermöglichen, sondern ihr zur jederzeit überprüfbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben zukommt.

b) Verwendung für öffentliche Aufgaben

Damit wäre der zweite Begrenzungsfaktor angesprochen, der die eben geschilderte Zweckbindung inhaltlich begründet. Die Gegenleistung des Bürgers muß nämlich den öffentlichen Aufgaben der Gemeinde dienen.

Kaum erwähnt zu werden braucht, daß deshalb der angegebene Zweck vom Kompetenzbereich der Gemeinde umfaßt sein muß[390]. Wesentlicher ist, daß damit auch die Möglichkeit der Deckung des allgemeinen Verwaltungsaufwands durch die Gegenleistung des Bürgers verhindert werden soll[391]. Die Einbehaltung des Flächenabzugs darf also nicht nur der Erzielung von Einkommen für die Gemeinde und damit rein fiskalischen Zwecken dienen[392].

Ein danach zulässiger Zweck wäre aber die Förderung der gemeindlichen Bodenvorratspolitik. Sinn und Nützlichkeit einer vorausschauenden Bodenvorratspolitik wurden bereits an anderer Stelle erörtert[393]. Daß es sich hierbei um eine kommunale öffentliche Aufgabe handelt, kommt u.a. auch in § 89 II. WohnBauG zum Ausdruck. Dort heißt es:

> "(1)...(Die) Gemeinden....haben..... die Aufgabe, geeignete ihnen gehörende Grundstücke als Bauland für den Wohnungsbau zu angemessenen Preisen zu Eigentum oder im Erbbaurecht zu überlassen oder als Bauland ungeeignete Grundstücke zum

389) Meyer/Borgs-Maciejewski, § 56 Rn. 5
390) Ule/Laubinger, § 68 III 4 b (S. 342)
391) Ule/Laubinger, § 68 III 4 b (S. 342)
392) Giehl, Art. 56 III 1 d
393) S. Zweites Kapitel

Austausch gegen geeignetes Bauland bereitzustellen. Sie haben bevorzugt geeignetes Bauland für den sozialen Wohnungsbau, namentlich für eine Bebauung mit Familienheimen, zu überlassen oder als Bauland ungeeignete Grundstücke zum Austausch gegen geeignetes Bauland bereitzustellen."

Erfaßt wird demnach auch der Sozialwohnungsbau, was besonders für den Umlegungsvertrag nach dem "Stuttgarter Modell" Bedeutung hat. Und auch die Bereitstellung von Flächen für den Gemeinbedarf ist als öffentliche Aufgabe in diesem Sinn zu verstehen.

c) Zusammenhang zwischen beiden Leistungen

Eine weitere Anforderung, die § 56 Abs. 1 VwVfG stellt, ist der sachliche Zusammenhang zwischen Bürger- und Behördenleistung. Dieser Sachzusammenhang ist allerdings in einem weiten Rahmen zu sehen[394]. Es genügt also, wenn beide Leistungen demselben besonderen öffentlichen Aufgabenbereich zugeordnet werden können[395].

Da bereits die gesetzliche Regelung des Bundesbaugesetzes den Flächenbeitrag als eine im Zusammenhang mit der Umlegung vom Eigentümer zu erbringende Leistung vorsieht, bestehen auch bei Durchführung einer vertraglichen Umlegung am diesbezüglichen Sachzusammenhang keine Zweifel.

d) Angemessenheit der Gegenleistung

Schließlich muß die Gegenleistung nach den gesamten Umständen angemessen sein.

Die Angemessenheit ist eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der als Teil des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips jederzeit von der Gemeinde beachtet werden muß. Die Regeln über den Austauschvertrag sollen ja nach den Worten der Regierungsbegründung zum Gesetzentwurf[396] einerseits den Aus-

394) BT-DrS. 7/910, 80 Begründung des Regierungsentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes zu § 52 Abs. 1, der dem heutigen § 56 Abs. 1 entspricht
395) Giehl, Art. 56 III 1 b
396) BT-DrS. 7/910, 80

verkauf von Hoheitsbefugnissen und andererseits ungerechtfertigte Bindungen des Bürgers verhindern. Hierzu ist insbesondere das Kriterium der Angemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung geeignet. Zwar ist auch insoweit ein gewisser Spielraum einzuräumen[397]; in etwa müssen jedoch Leistung und Gegenleistung ausgewogen sein[398].

Abzuwägen ist also das Verhältnis des Gegebenen zum Erlangten. Bei der Umlegung steht dem durch sie herbeigeführten und somit gewissermaßen von der Gemeinde herrührenden Umlegungsvorteil der vom Bürger zu erbringende Flächenbeitrag gegenüber. Soll die vertraglich vereinbarte Einbehaltung der Abzugsfläche wirksam sein, so dürfte sie also den durch die Umlegung entstandenen Vorteil nicht wesentlich übersteigen[399].

Das bedeutet, daß nicht jeder Flächenbeitrag in jeder Höhe wirksam vereinbart werden kann. Besteht ein deutliches Mißverhältnis zwischen Wertzuwachs und Flächenbeitrag, dürfte dessen Vereinbarung nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig sein, wenn nicht nach § 59 Abs. 3 VwVfG sogar Gesamtnichtigkeit des Vertrages vorliegt. Damit hat auch der im vorigen Abschnitt dargelegte Wegfall der 30%- bzw. 10%-Grenze bei vertraglicher Umlegung nur dann Bedeutung, wenn der anrechenbare Wertzuwachs darüberliegt. Andererseits kann bereits ein unter 30%/10% liegender Flächenbeitrag rechtswidrig sein, wenn ihm kein entsprechender Wertausgleich gegenübersteht.

Es ist allerdings zu berücksichtigen, daß für den Fall der freiwilligen Umlegung der Wertzuwachs anders berechnet werden muß als bei der gesetzlichen Umlegung. Werden dort allgemein die Umwandlung des Rohbaulandes in straßenlandbeitragsfreie Bauparzellen und die Einsparung von Vermessungs-, Notar- und Gerichtskosten als Faktoren des entstehenden Vorteils angesehen, so kommt bei der freiwilligen Umlegung noch die bereits im Eingangs-

397) BT-DrS.7/910,80
398) Giehl, Art. 56 Anm. III 1 e; BayVGH, BayVBl. 1978, 146 f
399) Vgl. BGHZ 21, 388, wo dieser Gedanke schon anklingt.

kapitel angeführte wesentliche Verkürzung des Aufschließungszeitraumes hinzu[400]. Dies bedeutet eine wesentlich frühere Realisierung des im Bauerwartungsland potenziell enthaltenen Baulandwertes. Dieser geldwerte Vorteil kann bei oftmals bis zur Hälfte verkürzter Verfahrensdauer eine ganz erhebliche Abzugsmöglichkeit bedeuten, die auch weit über 30%/10% hinausführen kann.

Im übrigen darf in der Praxis davon ausgegangen werden, daß die Vertragsparteien ihre beidseitigen Interessen richtig erkannt und abgewogen haben, so daß im Zweifel die Einhaltung des Angemessenheitskriteriums nur in Ausnahmefällen bei Zwang zum Vertragsschluß erfolgreich gerügt werden kann[401].

3. Vorrang der gesetzlichen Regeln

Dahingestellt bleiben soll an dieser Stelle, inwieweit die Bindung des Flächenbeitrags an die durch die Umlegung bewirkte Wertsteigerung nicht bereits aus den Regeln des Bundesbaugesetzes abgeleitet werden kann. Immerhin könnte man argumentieren, daß die gesetzlichen Regeln zumindest insoweit auf die vertraglichen Möglichkeiten "durchschlagen", als die terminologisch bereitgehaltenen Kategorien in ihrem Begriffsgehalt auch nicht im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung abgeändert werden können. Das hieße also, daß nach der gesetzlichen Definition des § 58 Abs. 1 S.1 BBauG der Flächenbeitrag als ein wertabschöpfender Abzug auch bei vertraglichen Umlegungen nicht mehr leisten kann. Für diesen Fall hätte dann für darüberhinausgehende Abzüge eine neue Rechtfertigung gesucht werden müssen, die jedoch im geltenden Recht nicht erkennbar ist und daher am Koppelungsverbot des § 56 VwVfG notwendig scheitern müßte. Eine derartige Ableitung wäre zwar rechtslogisch gegenüber dem Koppelungsverbot des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorrangig[402]. Das Ergebnis - Abzug nur des erreichten Wertzuwachses - wäre aber dasselbe, weshalb diese Frage hier dahingestellt bleiben soll.

400) BGHZ 72,51; 26,84
401) Ule/Laubinger, § 68 III 4 d (S. 342 f)
402) Vgl. BVerwG NJW 1980, 1294

B. Die Kostenüberwälzung auf die Eigentümer entgegen § 78 BBauG

I. Problematik

Eine vielfach praktizierte Vertragsregelung ist auch die Überwälzung der Umlegungskosten auf die Eigentümer. Dies steht im Gegensatz zu der gesetzlichen Regelung des § 78 BBauG, nach der die Verfahrens- und Sachkosten von der Gemeinde zu tragen sind, soweit sie nicht durch Beiträge der Umlegungsteilnehmer gedeckt sind.

Das Gesetz unterscheidet dabei Verfahrens- und Sachkosten. Während mit den Sachkosten die nach den gesetzlichen Vorschriften zu leistenden Geldausgleiche, -abfindungen und -entschädigungen gemeint sind, fallen unter die Verfahrenskosten die allgemeinen Verwaltungsaufwendungen, die durch die Umlegung verursacht werden. Zu nennen wären etwa: Personalkosten der Umlegungsstelle - u.U. also der Gemeinde - , Sachverständigengebühren, Büronutzungskosten, Büro- und Zeichenmaterial, Fahrt- und Reisekosten, Kosten für Bekanntmachungen und Zustellungen, Vermessungskosten, Kopierkosten, sonstige Gebühren, soweit nicht § 79 BBauG eingreift etc.[403].

Es stellt sich nun auch hier die Frage, inwieweit diese gesetzliche Regelung zwingend zu beachten ist.

II. Die Disponibilität des § 78 BBauG

1. Die amtliche Begründung zu § 78 BBauG

Die amtliche Begründung zu § 71 Regierungsentwurf[404] stützt sich im Grunde genommen auf Billigkeitserwägungen, wenn sie die Regelung des heutigen § 78 BBauG damit begründet, daß die Eigentümer durch Abzug des Flächenbeitrags bereits zum Ausgleich des Umlegungsvorteils herangezogen werden und es daher in Anbetracht des Interesses auch der Allgemeinheit an der Umlegung

403) Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 78 Rn. 1 u. 2
404) Entspricht dem heutigen § 78 BBauG

gerechtfertigt sei, daß die Gemeinde alle nicht durch Beiträge gedeckten Kosten trägt.

2. Literatur

Demgegenüber versuchen z.B. Ernst/Zinkahn/Bielenberg die Rechtsprechung zum Verhältnis von Enteignung und Umlegung in Deckung mit § 78 BBauG zu bringen. Hintergrund der gesetzlichen Regelung sei die Überlegung, daß sich die Kostenbeteiligung in dem den Umlegungsvorteil ausgleichenden Flächenbeitrag erschöpfe. Nur dann, wenn der Grundsatz der wertgleichen Abfindung gewahrt bleibe, liege nach der Rechtsprechung keine Enteignung vor. Dieser Grundsatz würde aber durchbrochen, wenn zusätzlich dem Eigentümer darüberhinausgehende Leistungen abverlangt werden würden[405].

Diese Argumentation überzeugt natürlich bei näherer Betrachtung nicht und ist auch nicht geeignet, gegen eine vertragliche Auferlegung der Verwaltungs- und sonstigen Kosten auf die Eigentümer zu sprechen. Denn es würde sich hierbei ja nicht um die flächen-oder wertmäßige Einbuße am zuzuteilenden Grundstück, sondern die Auferlegung einer Geldleistungspflicht handeln. Geldleistungspflichten begründen jedoch bekanntlich nur in Extremfällen den Tatbestand der Enteignung[406].

3. Rechtsprechung

Das einzige, dem Autor bekanntgewordene Urteil zu dieser Frage[407] setzt sich mit dem Problem der zwingenden Geltung von § 78 BBauG auch bei freiwilligen Umlegungsverträgen in ganz offensichtlich unzutreffender Weise auseinander. Der tragende Satz der Entscheidung, die im Ergebnis eine Kostenüberwälzung für unzulässig erklärt, lautet: "In diesem Umlegungsvertrag dürften nämlich keine Gegenleistungen .... vereinbart werden, weil es sich bei ihm ... um einen öffentlich-rechtlichen (subordinationsrechtlichen) Vertrag handelt und eine derartige Kostenerstattungspflicht beim Erlaß eines

405) Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 78 Rn. 3-5
406) Vgl. z.B. BVerfGE 30, 250, 272
407) Urteil des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofs v. 14.11.1979 - II 3978/78 - (nicht rechtskräftig!)

Verwaltungsaktes nicht Inhalt einer Nebenbestimmung sein könnte (...jetzt §§ 59 Abs.2 Nr.4, 56 VwVfG)." Das Gericht bezieht sich, wenn dies in der Klammer auch nicht deutlich gemacht wird, eindeutig auf § 56 Abs. 2 VwVfG. Daß diese Vorschrift aber bereits tatbestandsmäßig gar nicht eingreift, da auf eine Umlegung eben gerade kein Anspruch besteht (§ 46 Abs.3 BBauG), wird übersehen. Die Vorinstanz[408] hatte diesen Fehler nicht gemacht und mit Hinweis auf die den Eigentümern aus der Verfahrensbeschleunigung zufließenden Vorteile eine Kostenüberwälzung für unbedenklich gehalten.

4. Sinn und Zweck des § 78 BBauG

Sinn und Zweck des § 78 BBauG ist es zunächst, die bei einem Umlegungsverfahren auftauchende Frage - nämlich die Aufbürdung der anfallenden Kosten - zu regeln. Daß die Gemeinde bzw. Umlegungsstelle mit den Kosten belastet wird, hat Billigkeitsgründe, wie oben bereits angeführt. Davon ausgehend, daß das Ergebnis einer gegen den Willen der Beteiligten durchführbaren Umlegung zur Ausgeglichenheit zwischen Belastung und Vorteil führen muß, konnten die Kosten billigerweise nur auf die Gemeinde geladen werden, da durch den Flächenbeitrag der Vorteil auf seiten der Eigentümer bereits abgeschöpft wird. Da es sich somit um eine Schutzvorschrift zugunsten der Eigentümer handelt, ist § 78 BBauG sicher insoweit zwingend zu beachten, als im Fall der hoheitlich angeordneten Umlegung nicht davon abgewichen werden darf. Einigen sich aber die Beteiligten mit Einschluß der Gemeinde auf vertraglicher Basis, kann davon ausgegangen werden, daß der Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung durch das Korrektiv der notwendigen Willensübereinstimmung gesichert wird.

408) VG Stuttgart, Gerichtsbescheid vom 23.10.1978 -VRS V 58/78-

III. § 56 VwVfG

Die Frage, ob eine Kostenüberwälzung auf die Eigentümer möglich ist, muß also außerhalb des § 78 BBauG anhand allgemeiner Kriterien beantwortet werden. Da es wiederum, wie beim Fall des über 30%/10% hinausgehenden Flächenbeitrags um das Problem geht, inwieweit die Gemeinde die von ihr zu erbringende Leistung "Umlegung" von der Gewährung einer finanziellen Gegenleistung durch die betroffenen Eigentümer abhängig machen darf, ist auch dazu wieder § 56 VwVfG heranzuziehen.

Dabei kann von den bereits oben dargelegten Kriterien nur das letzte, die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung, problematisch sein; und das auch nur im Zusammenhang mit einem vorteilsausschöpfenden Flächenbeitrag. Denn wenn auch da schon die Angemessenheit die Grenze bildete, bleibt für eine zusätzliche Belastung durch Verfahrenskosten an sich kein Raum mehr. Daraus folgt aber nur, daß zwar Flächenbeitrag und Kostenbelastung zusammen in einem angemessenen Verhältnis zum erlangten Umlegungsvorteil stehen müssen, nicht aber, daß eine Kostenüberwälzung per se schon unzulässig wäre.

Zu beachten ist auch, daß der Begriff der Angemessenheit einen gewissen Spielraum eröffnet, der eine geringfügige Über- oder Unterschreitung der Vorteilsmarke tolerabel macht. Dabei sollte insgesamt aber eine Größenordnung von 10% des Vorteils nicht überschritten werden.

IV. Die Rechtsprechung zum Folgekostenvertrag

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung zum sogenannten Folgelastenvertrag, auf die die Regelung des § 56 VwVfG zurückgeht[409]. Mit der Entscheidung des Bundesverwal-

409) Vgl. das grundlegende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6.7.1973, NJW 1973, 1895

tungsgerichts vom 6.7.1973 wurde die Frage, wann eine Behörde ihr Handeln von einer Gegenleistung abhängig machen darf, ganz allgemein und grundlegend entschieden[410]. Es ist daher auch unerheblich, daß es sich bei den Verfahrenskosten der Umlegung streng genommen nicht um Folgekosten in dem Sinne handelt, wie er der Diskussion in Rechtsprechung[411] und Literatur[412] zugrundeliegt. Dort geht und ging es zumeist um die Kosten infrastruktureller Maßnahmen, die aufgrund eines in der Regel größeren Bauvorhabens auf die Gemeinde zukommen. Hier geht es um die Übernahme von Verwaltungskosten und die notwendigen Ausgleichszahlungen. Beidesmal steht jedoch der Ersatz von kommunalen A u f w e n d u n g e n zur Diskussion, so daß es sich im Prinzip nur um zwei Erscheinungsformen desselben Problems handelt. Die oben zitierten Urteile handeln denn auch die Frage richtigerweise unter diesem übergeordneten Gesichtspunkt ab, so daß ihre Aussagen auch vorliegend Bedeutung haben.

Wesentlich ist dabei insbesondere eine Feststellung, die bereits der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 14.7.1966[413] getroffen hat und die geeignet ist, das oben gefundene Ergebnis zu stützen: Dort, wo die Gemeinde vor dem von ihr geforderten Handeln Ermessen auszuüben hat, kann sie - sie muß es wohl sogar - auch finanzielle Aspekte berücksichtigen. Ruft eine bestimmte Maßnahme Kosten hervor, die von der Gemeinde im Hinblick auf ihre etatmäßige Situation nicht aufgebracht werden können und sind diese fiskalischen Belange die einzig gegen die Maßnahme sprechenden Gründe, so müssen diese Gründe in dem Maße an Gewicht verlieren, in dem die finanzielle Belastung durch die Interessenten gemindert wird[414].

Das heißt übertragen auf das hier zur Diskussion stehende Problem: Zwar steht genaugenommen die Durchführung einer Umlegung nicht im Ermessen der Gemeinde. Sie ist vielmehr durch-

410) So auch Friauf, 518
411) Z.B. BGH DÖV 1966, 759; DÖV 1969, 861; NJW 1975, 1019; NJW 1973, 1895
412) Z.B. v. Mutius und jüngst Lang/Ziemer mit zahlreichen Nachweisen
413) DÖV 1966, 759
414) BGH DÖV 1966, 760

zuführen, wenn und sobald sie zur Realisierung des Bebauungsplanes erforderlich ist (§ 46 Abs.1 BBauG). Die Umlegung geht jedoch in der Regel Hand in Hand mit der Aufstellung des zugrundeliegenden Planes. Zwar ist auch dieser aufzustellen, wenn er erforderlich wird (§ 1 Abs.3 BBauG). Es besteht jedoch ein weites Planungsermessen bezüglich der Lokalisierung der gemeindlichen Ausdehnung und letztlich wird auch die finanzielle Kraft des Gemeinwesens stets eine die Erforderlichkeit beschränkende Komponente sein. Können also die Geldaufwendungen der Gemeinde durch die freiwillige Übernahme der Kosten durch die betroffenen Eigentümer in einem Rahmen gehalten werden, der die Beplanung und die sich anschließende Umlegung erlaubt, so ist dies ein Moment, das eine beabsichtigte Überplanung aus der Sicht der Gemeinde möglich macht, wo sie vorher nicht möglich war.

N A C H W O R T

Das Manuskript der vorliegenden Dissertation wurde im April 1983 abgeschlossen. Die seitdem erschienene Literatur und Rechtssprechung sind somit nicht berücksichtigt. Insbesondere konnte die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. 7. 1984, NJW 1985, 989, nicht mehr eingearbeitet werden. Dies ist einerseits bedauerlich, da der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt auch den Anlaß für die vorliegende Arbeit lieferte; andererseits werden die hier gefundenen und vertretenen Ergebnisse durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, ohne daß neue, nicht bereits berücksichtigte Gesichtspunkte aufgetaucht wären. Die Auseinandersetzung mit Hartmut Dieterich, Baulandumlegung, Recht und Praxis, München 1985, wäre interessant gewesen, da es sich um den ersten veröffentlichten Versuch handelt, der freiwilligen Umlegung in mit der vorliegenden Abhandlung vergleichbarer Weise nahe zu kommen. Darüber hinaus legt Dieterich jedoch deutlich den Schwerpunkt anders, da er die technische Abwicklung der verschiedenen Verfahrensweisen in den Vordergrund stellt und die rechtlichen Probleme z. T. nur aufzeigt, ohne sie zu lösen.

Auf die Einarbeitung dieser und anderer Publikationen wurde bewußt verzichtet, obwohl bis zur Drucklegung über 3 Jahre verstrichen sind, um die Geschlossenheit der Arbeit zu erhalten und auch, weil grundlegend neue Aspekte sich nicht ergeben haben.

L E B E N S L A U F

Ich wurde am 6. 2. 1952 in Ludwigsburg geboren und bin deutscher Staatsangehöriger.

Am 19. 6. 1971 legte ich die Reifeprüfung am Johannes-Kepler-Gymnasium, Reutlingen, ab und begann nach Erfüllung der Wehrpflicht im WS 73/74 mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen. Im WS 74/75 und SS 75 studierte ich in Genf an der dortigen Fakultät. Nach der Rückkehr nach Tübingen absolvierte ich am 1. Juni 1978 die Erste und am 20. 1. 1981 die Zweite Juristische Staatsprüfung. Während der folgenden 2 Jahre war ich als Rechtsanwalt tätig und bin seit 1983 Verwaltungsrichter in Stuttgart.